

Collaborateurs.

A Rennes. — MM. RICHELOT, doyen de la Faculté de droit, MOREL, HUE, BIDARD, LAFFERRIÈRE, professeurs; LE POITVIN, GOUGEON, professeurs-suppléants; DELAMARRE, conseiller à la Cour royale, DUBODAN, 1.^{er} avocat général, V. FOUCHER, avocat général; LEHUÉROU, professeur agrégé de la Faculté des lettres pour l'histoire; VANNIER, avocat, directeur de la Revue.

A Nantes. — M. EV. COLOMBEL, avocat.

A Caen. — M. TROLLEY, professeur à la Faculté de droit.

A Poitiers. — M. LETOURNEUX, procureur-général.

A Strasbourg. — M. SCHUTZENBERGER, prof. à la Faculté de droit.

A Grenoble. — M. TAULIER, professeur à la Faculté de droit.

A Toulouse. — M. G. BRESSOLLES, docteur en droit.

A Paris. — MM. ORTOLAN, professeur à la Faculté de droit; Faustin HÉLIE, chef de bureau au ministère de la justice; Ed. LABOULAYE, RAPETTI, docteur en droit, prof. suppl. au collège de France.

REVUE BRETONNE DE DROIT

ET DE JURISPRUDENCE,

PAR UNE SOCIÉTÉ

DE PROFESSEURS EN DROIT, DE MAGISTRATS, D'AVOCATS;

PUBLIÉE

PAR **A. T. VANNIER**, AVOCAT,

Rédacteur du Recueil des Arrêts de la Cour royale de Rennes.

TOME III.

A RENNES,

AU BUREAU DE LA REVUE ET DU RECUEIL,

Place du Palais, 14.

1842.

REVUE BRETONNE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

CONSTITUTION DE LA FAMILLE ROMAINE ET DE LA GENS,

D'APRÈS LA LOI DES XII TABLES.

(1.^{er} Article.)

I. Principe de la famille romaine dans ses rapports avec la cité : adrogation, adoption. II. Juste mariage. III. Puissance paternelle. Pouvoir de tester. IV. Agnation, cognation. V. Gentilité. VI. La femme romaine. VII. Succession légitime et subordination des rapports réels aux rapports personnels; supériorité du droit de tester et de l'hérédité testamentaire sur l'hérédité légitime. VIII. Eléments accessoires de la famille : esclaves, affranchis, émancipés; droit de patronage; droit du parent émancipateur; enfants in mancipio.

I. Pour remonter au vrai principe de la famille romaine, il ne faut pas seulement s'arrêter au mariage et à la puissance paternelle : il faut remonter jusqu'à la Cité. En

effet, la condition nécessaire à l'existence de la famille civile, c'est d'abord que les deux époux soient citoyens romains. En outre, la puissance paternelle à laquelle s'unissent tous les éléments de la famille, est déclarée un droit propre aux citoyens romains, *jus proprium civium romanorum* (1). — La base, sur laquelle repose la famille romaine, est donc premièrement la Cité. La puissance paternelle ne devient le fondement de la famille que parce qu'elle se lie à l'idée même et à la puissance de la Cité. — C'est là ce qui explique comment l'adoption fait passer un fils de famille de la puissance du père légitime sous la puissance du père adoptif; comment l'adrogation fait passer un citoyen maître de ses droits, *sui juris*, avec ses propres enfants, sous la puissance paternelle de l'adrogeant : c'est que la Cité domine la famille. L'intervention de la Cité par le magistrat, *imperio magistratus*, dans l'adoption (2), de la Cité elle-même par ses comices, *populi auctoritate*, dans l'adrogation (3), est nécessaire pour opérer en faveur d'un citoyen ce transport ou cette création de la puissance paternelle (4).

II. Le consentement fait le mariage entre un citoyen

(1) Gaius, I. § 55. « Ferè enim nulli alii sunt homines qui » talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus ».

(2) Il fallait la triple mancipation pour éteindre la puissance paternelle et puis la vindication, *in jure cessio*, pour la faire passer dans le père adoptif. Vindicat *apud prætorem* filium suum esse. Gaius, I. § 98-154.

(3) Dans les comices par curies; « Populus rogatur an id fieri jubeat ». Gaius, I. § 99.

(4) « Femina nullo modo adoptare possunt quia nequidem » naturales liberos in potestate habent ». G. I. § 104.

et une femme romaine : enfants de la même cité, ils ont le *jus connubii*, sauf les empêchements tirés de la parenté naturelle ou adoptive, et de la distinction des classes patricienne et plébéienne (1). — Par le consentement, il y a engagement pour toute la vie, *consortium omnis vitæ*; mais il n'y a pas nécessairement participation de la femme à la religion et aux droits du foyer domestique de l'époux : cette participation résulte des modes de célébration ou d'exécution du mariage. Des rites symboliques peuvent accompagner le contrat, en lui-même purement consensuel (2). La *confarréation* faite

(1) Cette distinction entraînait des différences, que nous signalerons *infra*, en traitant des familles patricienne et plébéienne.

Il fallait, au surplus, que le *connubium* existât entre le mari et la femme; autrement le fils suivait la condition de sa mère, par exemple, si un citoyen avait épousé une étrangère. Gaius, I, § 67.

(2) La *tradition* de la femme qui résulte soit de la conduite de la femme dans la maison du mari, *ducere uxorem*, soit de la présence nécessaire de la femme pour exprimer son consentement, *in præsentia*, a paru aux yeux de M. Ortolan, savant auteur du commentaire historique des institutes, une raison suffisante pour donner au mariage le caractère d'un *contrat réel* (t. 1.^{er}, titre de *nuptiis*); mais la conduite de la femme au domicile n'est qu'un mode d'exécution, et la présence de la femme pour exprimer son consentement, tient à la nature même du contrat. Pour la femme toujours placée, dans l'ancien droit, sous la puissance du père ou la tutelle des agnats, il fallait d'abord leur consentement au mariage; il fallait ensuite le consentement de la future épouse : le père et le tuteur ne pouvaient exprimer que leur consentement propre; la femme devait donc exprimer elle-même son consentement personnel. Mais cette condition ne pouvait prévaloir contre la règle restée

avec plusieurs cérémonies et des paroles solennelles en présence de dix témoins, exprime symboliquement, par le gâteau sacré de fleur de froment, de sel et d'eau, l'union de la sagesse et de la pureté; elle est suivie dans les familles patriciennes destinées à donner aux autels une postérité sacerdotale, et s'observait encore du temps de Gaius pour les Flamines majeurs (1). — La *coemptio* représente l'achat de la femme romaine par le citoyen qui veut l'acquérir pour épouse, et qui emploie la forme solennelle de la mancipation (2). Sous la solennité de ces deux formes symboliques qui indiquent la supériorité de la sagesse et du pouvoir de l'homme, le mari obtenait sur sa femme la puissance absolue, *manus*. — Un troisième mode, le plus simple et peut-être le plus ancien (3), c'était l'habitation de la femme au domicile du mari, *usus*, en exécution du contrat consensuel. Si la première année s'était écoulée sans interruption de co-demeurance, il y avait *manus*, puissance absolue du mari sur la femme, car la possession publique de bonne foi, à juste titre, pendant une année, qui constitue

dans le droit romain et dans le nouveau droit français, *consensus et non concubitus facit nuptias*. En droit français, on exige que les deux futurs expriment personnellement, et en présence, leur consentement au mariage; le contrat en est-il moins un contrat *consensuel*?

(1) Gaius, I. § 112.

(2) Présents, cinq témoins, citoyens romains, le *libripens*, l'homme et la femme entre lesquels se fait la *coemptio*. Gaius, I. § 113.

(3) Gaius indique ce mode avant les deux autres; Olim.... usu, farreo, *coemptio*. I. § 110.

l'usucapion, est un mode d'acquérir le domaine sur ce qui n'est pas immeuble, et la femme était comme *usucapée* par la possession annale (1). Si, chaque année, la femme interrompait l'usucapion par une absence de trois nuits, elle restait dans sa famille originaire; elle ne tombait pas *in manu*; la loi des XII Tables lui donnait le droit d'interruption (2).

La femme, d'après les anciens modes de célébration et d'exécution, tombait donc le plus souvent *in manu* (3). Par l'effet de cette puissance elle passait dans la famille du mari, elle partageait le culte des dieux domestiques, *sacra domus* (4); elle avait par rapport au mari le rang et les droits de sa fille (5); il y avait communication du

(1) Velut annuâ possessione usucapiebatur (Gaius, I. § 3).

La possession annale a joué un grand rôle dans notre droit coutumier, quant aux effets du mariage. En beaucoup de coutumes, la communauté n'existait qu'après l'an et jour du mariage.

(2) Lege duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in *manum* mariti convenire, ut quotannis trinotio abesset, atque ita usum ejusque anni interrumperet. (Gaius, I. § 5).

(3) Quintilien (*institutiones*, lib. 1. C. 7) attribue la loi à Romulus.

(4) Il nous semble résulter du fragment de Gaius, I. § 156, qu'il fallait que la femme fût ou *absolument* ou *relativement in manu*, pour qu'elle partageât les *sacra domus*: « Quum » enim hæc quod *ad sacra* tantum *videatur in manu* esse, » quod vero *ad cætera* perinde *habeatur atque si in manum* » non convenisset: il fallait donc que la femme fût *in manu*, d'une manière ou d'une autre, pour qu'elle fût appelée *ad sacra*: le fragment se réfère à un mode particulier de la *manus*.

(5) *Filiæ locum obtinebat... placuit eam filiæ jus nancisci*. Gaius, I. § 115.

droit divin et humain (1); et c'était là encore, dit Gaius, un droit propre aux citoyens romains (2). — La femme romaine, qui avait interrompu la cohabitation annale, restait dans sa famille originaire, sous la puissance paternelle ou sous la tutelle des agnats.

Pour l'un et l'autre cas, il n'y a, dans les fragments de la loi des XII Tables, aucune trace de la dot (3); mais cela s'explique facilement. La situation la plus générale était celle de la femme tombée *in manu* : or, ce qui appartenait à la femme était alors acquis au mari ou au père de celui-ci par droit de puissance et à titre universel, *per universitatem* (4).

Par le mariage romain, par l'adoption et l'adrogation, la famille est créée dans la cité. — Pénétrons maintenant dans l'ensemble de sa constitution, dans l'unité de puissance qui va en retenir et concentrer tous les éléments. Cette unité de puissance, c'est la puissance paternelle.

III. Le père, considéré comme chef de famille, a sous sa puissance :

1.^o Ses enfants des deux sexes nés de ses justes noces,

(1) Cette admirable définition de Modestinus : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* », ne peut se comprendre complètement que par cette communication du culte domestique qui résultait du mariage, dans les premiers temps, et qui s'était encore maintenue au III.^e siècle de l'Empire comme tradition du passé. D. 25. 2. 1.

(2) Et ipsum jus proprium civium romanorum. G. 1. § 408.

(3) G. Hugo, I. p. 143.

(4) Quam in manum, ut uxorem, receperimus, ejus res ad nos transeunt. G. II. § 98.

quel que soit d'ailleurs leur âge; les enfants des deux sexes introduits dans la famille par l'*adoption*, et les citoyens *adrogés*, avec leurs propres enfants qui sont au nombre des petits-fils;

2.^o Les brus mariées en justes noces et placées *in manu*; filles de leur mari, elles sont au rang de petites-filles à l'égard de leur beau-père;

3.^o Les enfants ou petits-enfants nés du mariage de ses fils ou petits-fils (*nepotes, pronepotes*).

La puissance du chef de famille est absolue; elle renferme le droit de vie et de mort, le droit de vendre trois fois les fils, une fois les filles et les petits-enfants (1). Le père acquiert par ses enfants, lesquels sont *res patriæ*. Par son testament, il dicte la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus. — La mère ne peut jamais exercer la puissance paternelle, elle y est au contraire, soumise.

Le chef de famille est père à l'égard des uns, aieul à l'égard des autres; mais il tient toute la puissance concentrée dans ses mains; il est par excellence le citoyen *sui juris*; ses fils n'ont aucun pouvoir sur leurs propres enfants; ils sont tous également *alieni juris*. C'est seulement à la mort du père que les fils succéderont à la puissance sous laquelle ils seront restés toujours placés. La cité se compose de familles, et l'intérêt même de la cité demande que le lien des familles ne soit pas rompu. Les fils continueront la personne, la puissance, le domaine du père, et les sacrifices privés dont la loi veut

(1) Jus vitæ, necis vendendique eos, jus esto. Tab IV. 2.
(tirée de Denys d'Halicarnasse.)

la perpétuité (1), si toutefois le citoyen, père de famille, n'en a pas autrement disposé par acte solennel de dernière volonté. Héritiers *ab intestat*, les enfants en puissance sont héritiers siens et nécessaires (2).

Le citoyen, chef de famille, peut disposer souverainement de son patrimoine et de la tutelle de ses enfants impubères : la loi des XII Tables l'a investi de cette sorte de souveraineté, *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (3). Il a le droit d'instituer un ou plusieurs héritiers autres que les héritiers siens. Il peut instituer son esclave, en le déclarant expressément libre par son testament, *cum libertate* (4); l'esclave institué par le testament devient héritier nécessaire, et subit en son nom seul l'ignominie de la vente des biens du testateur qui serait mort insolvable; aussi l'institution de l'esclave peut être faite au premier, au second degré, à un rang ultérieur, au gré du testateur qui veut protéger sa mémoire contre la poursuite de ses créanciers. — Le père de famille peut passer ses enfants sous silence dans son testament; il n'est pas encore obligé de les exhérer expressément; la nécessité de l'exhérédation expresse est postérieure (5). Il peut instituer à son choix un ou plu-

(1) *Sacra privata* perpetua manento; Cic. de legib. 21-22, et statim morte parentis quasi continuatio domini (inst. 5, tit. 5). — *Hæres* vient de *herus* : veteres enim hæredes pro dominis appellabant (inst. 2. 49. 7).

(2) Gaius, II, § 137.

(3) Tab. v, 3.

(4) Gaius, II, 132.

(5) Du temps de Cicéron (de orat. 1. 38).

sieurs de ses enfants qui sont, dans ce cas encore, héritiers siens et nécessaires (1).

Ce testament est un acte de souveraineté qui met une loi particulière au-dessus de la loi générale de succession *ab intestat*; et pour exercer ainsi sa souveraineté, il faut que le citoyen y soit autorisé par les Comices. Les Comices par curies sont convoqués deux fois par an pour cet acte solennel (2). Le testament devient une loi; de là plusieurs conditions nécessaires :

1.^o Le testament doit être fait *uno contextu*; car ce qui est fait par des comices interrompus est non avenu;

2.^o L'héritier institué doit exister, doit être une personne certaine et participant au droit de la cité au moment du testament, afin que les comices puissent apprécier et confirmer la volonté du testateur;

3.^o Le testament doit commencer par l'institution d'héritier qui en est le *caput et fundamentum*; les dispositions, les affranchissements, les legs particuliers en tirent leur force (3);

4.^o Le citoyen a le choix ou de laisser le règlement de sa succession *ab intestat* à la loi générale de la cité, ou de dicter sa loi particulière (*legem condere*) (4).

(1) Gaius, II, § 137.

(2) Sur les *calatis comiciis*, voir Aulugelle, 15. 27; G. Hugo, 1. 137.

(3) C'était encore le droit observé du temps de Gaius (II, § 229).

(4) Voir M. Ortolan, instit. de Test. 1. 569.

L'auteur fait observer avec justesse que la première règle *uno contextu*, qui est restée dans le droit, tire de là son origine; que la deuxième règle a été modifiée, quant aux posthumes,

Mais ces deux lois ne peuvent s'exécuter en même temps : la loi d'hérédité légitime cède à la loi faite par testament. Le citoyen ne peut mourir *testat* et *intestat*. L'unité est imposée à l'hérédité testamentaire ou légitime, qui est le grand moyen d'acquérir *per universitatem*.

Si le citoyen romain est sous les armes, prêt à combattre pour la république, il trouve dans l'armée composée de citoyens l'image des comices; il teste devant ses compagnons d'armes et ses concitoyens *in procinctu*. — Ce sont là les deux formes de tester en temps de paix et en temps de guerre, qui remontent aux temps primitifs de Rome, *ab initio*, dit Gaius (1).

Le droit civil des XII Tables a trouvé une troisième forme de testament en faveur du citoyen qui, hors des murs de Rome, ou dans Rome pendant l'intervalle des comices par curies, était pressé par la crainte d'une mort subite (2), et en faveur du citoyen affranchi auquel l'accès des comices par curies était très-difficile (3). Le Romain peut tester, par ce troisième mode, en employant la forme solennelle de la mancipation. Alors il agit comme père ou comme maître : il vend son patrimoine solennel-

après la désuétude du testament *calatis comitiis*; la troisième a conservé sa valeur, sauf la place de l'institution dans le testament; la quatrième a toujours subsisté dans la législation romaine. Celle sur l'institution de l'esclave *cum libertate*, a été modifiée; la déclaration de *liberté* n'a plus eu besoin d'être expresse (Inst. de Just.).

(1) Gaius, I, § 102. Sur la question d'origine, voir ci-dessous n.º X.

(2) Gaius, II, § 102.

(3) G. Hugo. Voir ci-dessous n.º X.

lement à l'*emptor familiæ*, qui est son héritier institué, et auquel il impose ses volontés, soit en les exprimant oralement (*nuncupatio*), soit en lui remettant des tablettes qui les contiennent, en présence de cinq témoins, citoyens romains, et du *libripens* qui, dans les premiers temps, était pontife ou patricien. Cette forme *contractuelle* de tester, plus libre et plus facilement à la disposition de tous les citoyens, ingénus ou affranchis, fut employée d'abord, de préférence, par la classe plébéienne; elle devint ensuite la forme générale de tester selon le droit civil. Elle trouvait sa sanction dans la loi des XII Tables, laquelle déclarait *improbos* et *indignes du droit de témoigner* les témoins, le *libripens* refusant leur témoignage (1), et condamnait le faux témoin à être précipité du haut de la roche Tarpéienne (2).

IV. Les enfants naturels et adoptifs du même père ou ses petits-enfants sont, comme on l'a vu, soumis à la même puissance; si le père a des frères et sœurs, et que l'auteur commun vive, ils sont tous soumis, pères et enfants, frères et oncles, à la puissance de l'aïeul qui ne les aura pas émancipés. Nés auprès du père ou pour le père, *adnati* (3),

(1) Tab. VIII. 22. *Improbos* et *intestabilis*.

(2) Aulug. XX. 1. Cic. off. III. 51.

(3) On les appelait *adgnati*, *adnati*, par contraction, peut-être, des mots *ad eum nati*. Les parents maternels étaient appelés *cognati*, par contraction, peut-être, des mots *cum eâ nati*. Ces étymologies conjecturales rendent du moins bien sensible la différence primitive des *agnats* et des *cognats*, puisque l'agnation reposait sur la puissance du père, la cognation, sur le rapport purement naturel de la naissance par la mère ou du côté de la mère.

ils sont étroitement unis par ce lien de soumission à la puissance paternelle : entr'eux ils sont *agnats*; et tous les membres de la famille qui, si le chef de famille vivait, seraient soumis à sa puissance, conserveront dans la suite le caractère d'agnats. Ainsi, le père étant mort, ses enfants deviennent *sui juris*, et ses fils peuvent devenir souches de nouvelles familles; mais agnats d'origine, et selon le droit civil, ils conservent le caractère d'agnation tant qu'ils restent dans la famille (1). Ils sont agnats entr'eux, et par rapport aux frères de leur père, à leurs oncles (*patrui*) : leurs enfants, fils de frères (*fratres-patrueles*), sont agnats entr'eux et par rapport aux enfants et descendants de leurs oncles paternels (2). Tous sont parents du côté du père, qui originairement avait la puissance et qui l'aurait sur tous, s'il vivait encore. — La puissance paternelle est, par conséquent, le fondement de l'agnation, et l'agnation est un des liens naturels et civils, le lien principal de la famille romaine.

Par les personnes du sexe féminin se formait une parenté naturelle, mais qui n'avait rien de commun avec l'agnation sur laquelle reposait la parenté civile. Le fils de la sœur n'est pas agnat par rapport à l'oncle; la tante ou

(1) *Patre-familiās mortuo, singuli singulas familias habent; tamē omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur.* Ulp. *de verb. sig.* D. 50. 495. Gaius, III, § 40.

(2) Les cousins du côté de la mère, les fils de ses sœurs, étaient appelés *consobrini*; « Qui quæve ex duabus sororibus, consobrini, consobrinæque quasi consororini.... sed ferè vulgus omnes istos communi appellatione consobrinos vocant. Gaius, Dig. 38. 10. 1. § 6.

l'oncle maternel n'est pas agnat par rapport au fils de la sœur; il y a entr'eux et leurs enfants respectifs la *cognation* seulement naturelle (1); car ceux qui naissent suivent la famille de leur père et non celle de leur mère (2) : or par famille on entend seulement la *famille civile* qui a la puissance paternelle pour base et l'agnation pour lien.

La puissance paternelle sur laquelle repose la famille présente, la famille immédiate du père, fonde la succession des *héritiers siens*. La puissance paternelle qui fonde aussi l'agnation, c'est-à-dire la famille qui s'étendra dans l'avenir, détermine également la succession des agnats : si le citoyen meurt intestat et qu'il n'ait pas d'*héritiers siens*, l'agnat le plus proche est l'héritier appelé par la loi des XII Tables (3). — Si le chef de famille meurt sans avoir nommé par testament un tuteur à ses enfants impubères, ou à ses petits-enfants (lorsqu'ils ne doivent pas retomber sous la puissance de leur père (4)), l'agnat le plus proche est le tuteur légitime imposé par la loi des XII Tables (5). — Si le furieux ou le prodigue

(1) Le mot *cognatio*, dans le sens général, s'applique en droit romain à toute parenté, mais par opposition à l'agnat, le cognat est le parent per personas feminini sexus.

(2) Qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur. Gaius, I. § 136.

(3) Proximus adnatus familiam habeto. Tab. v. 4. V. *id.* Gaius, III, § 11.

(4) C'est ce qui arrive lorsque l'aïeul a émancipé son fils et conservé sous sa puissance les enfants de son fils.

(5) Gaius, I. § 133. Le tuteur pouvait se faire excuser s'il avait moins de 25 ans; plus tard, ce qui était une cause d'excuse, devint une prohibition; l'agnat âgé de moins de 25 ans ne pouvait exercer la tutelle.

n'a pas de curateur, *custos*, nommé par le testament paternel, l'agnat le plus proche a la garde (*potestas*) de sa personne et de son patrimoine (1).

V. La famille n'est pas constituée seulement dans le présent et en vue de l'avenir; elle existe aussi ou peut exister dans le passé. Le père, qui est devenu la souche d'une famille, pouvait tenir lui-même à une race, c'est-à-dire, en droit civil, à une *gens* plus ou moins ancienne dont il portait le nom. La *gens* est la famille antique, primitive, qui a donné son nom générique aux familles particulières issues d'elle, et distinguées, en se multipliant, de la race génératrice, par un surnom de famille ou de branche.

Prenomen sera le nom de l'individu, *nomen* le nom de la race, *agnomen* le nom ou surnom de la branche, de la famille spéciale, *cognomen* le surnom possible de l'individu : dans *Publius Cornelius Scipio Africanus*, *Publius* sera le prénom de l'individu, *Cornelius* le nom de la race, *Scipio* le nom de famille, *Africanus* le surnom héroïque de l'individu. Le vainqueur de Carthage sera donc indiqué comme appartenant à la famille des Scipions et à la race Cornelia qui, outre la famille des Scipions, contenait celles des Lentullus, des Dolabella, des Rufinus et plusieurs autres (2). La *gens* sera par rapport aux diverses familles ce que le genre est par rapport aux espèces : aussi, chose très-importante à la ques-

(1) Tab. v. 7. Nous citons les fragments d'après l'édition de Dirksen, reproduite par MM. Giraud et Blondeau (Introd. à Heinecc. et Jus antejustinianum).

(2) Nieupoort, coutumes des Rom. trad. 1730. liv. 6. ch. 5.

tion, le mot *genus* est-il employé souvent pour *gens*, notamment par Cicéron, par Festus (1); et Cicéron, qui employait indifféremment l'une ou l'autre expression, a donné du genre (*genus*) une définition également applicable à la notion de la *gens*, telle que nous venons de la déterminer : « Le genre est ce qui embrasse deux ou » plusieurs parties semblables entr'elles par un caractère » commun, mais différentes par quelque chose de parti- » culier » (2). La *gens*, la race est aussi ce qui embrasse plusieurs familles, semblables entr'elles par l'origine, le nom, la communauté des sacrifices (*sui similes communione quâdam*), mais différentes par le nom et l'agnation, de chaque famille spéciale (*specie autem differentes*).

De là il résulte que les membres de la race, les *gentiles*, dont l'ancienne généalogie s'est continuée par les parents mâles et paternels (3), doivent venir dans l'ordre des droits de famille et de succession après les agnats; c'est ce que veut la loi des XII Tables : « Si adnatus nec escit, Gentilis familiam nancitor (4) ». — Par hypothèse, dans la famille de P. Cornelius Scipion

(1) Cic. de legib. 1. 8. Festus, v.° gentilis, « gentilis dicitur » et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur; » ut ait Cincius, gentiles mihi sunt qui meo nomine sunt ».

(2) *Genus* autem est quod sui similes communione quâdam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes (de orat. 1. 42). — Il faut remarquer que c'est en parlant du droit civil et pour en déterminer la méthode que Cicéron donne cette définition. Voir ci-dessous n.° X, sur les *gentes*.

(3) Ab Æmilio HOMINES ORTI Æmiliani ac gentiles (Varro. de ling. lat.

(4) Tab. v. 2.

l'africain, ce n'est qu'à défaut d'agnats dans la famille des Scipions, que les Gentils, les Cornelius Dolabella ou Lentulus, viendront à la succession selon leur degré de parenté et de proximité. — A défaut d'agnats, les *Gentiles* auront aussi la charge de la *tutelle* des impubères et de la *curatelle* des furieux et des prodigues (1).

Ainsi donc, chaque père de famille qui laisse des enfants fait souche (*stirps*) par rapport à ceux-ci, héritiers siens et nécessaires (2); chaque père de famille qui laisse plusieurs enfants laisse des agnats dont le prolongement à venir sera plus ou moins étendu : mais chaque père de famille ne fonde pas une *gens* qui lui est antérieure et qui ne peut avoir de racine que dans le passé. — Ce ne serait, du moins, qu'après un long temps et lorsqu'il serait devenu par l'écoulement des âges une souche très-ancienne, *stirps antiquissima* (3), qu'il pourrait être regardé comme l'origine d'une race.

Nous avons considéré les enfants et petits-enfants en

(1) Tab. v, 7. — Pour la curatelle, le fragment de la loi des XII Tables s'explique formellement. Quant à la *tutelle*, elle se prouve par induction : 1.^o argument à *majori* : si les Gentils sont curateurs, à défaut d'agnats, à plus forte raison doivent-ils être tuteurs ; 2.^o principe en vertu duquel ceux qui ont la succession doivent avoir la charge de la tutelle ; 3.^o ordre dans lequel Gaius s'occupait des Gentils ; la lacune existe précisément dans la partie où il traite de la tutelle légitime. i. 164. 163.

(2) C'est dans ce sens qu'il est dit qu'entre héritiers siens *nepotes vel pronepotes* qui succèdent au lieu de leur père, l'hérédité se partage non in *capita* sed in *stirpes*.

(3) Cicéron se sert de cette expression, en parlant de la souche de sa famille (De Rep. i. 6).

puissance, les agnats, les Gentils ; il faut aussi déterminer spécialement le rang que la femme occupait dans la constitution de la famille.

VI. La fille ou femme romaine, *civis romana*, était toujours en PUISSANCE ou en TUTELLE.

1.^o Elle était placée sous la puissance du père, ou sous la puissance du mari.

Non mariée, et sous la puissance du père ou de l'aïeul, elle était au même rang que ses frères. Si le père mourait *intestat*, elle était, comme ses frères, au nombre des héritiers siens et nécessaires. Elle était aussi au nombre des *agnats* ; toutefois, elle avait cette qualité par rapport seulement aux autres frères et sœurs ; elle partageait leur droit de succession ; il y avait *égalité* ; mais au-delà du degré des *consanguins*, l'hérédité ne lui appartenait plus (1).

Mariée, avec le consentement du chef de famille, elle entrait, selon le droit commun, dans la famille du mari. Elle ne pouvait plus compter alors parmi les héritiers siens de son père, elle était sous la puissance du mari qui avait sur elle la puissance paternelle, qui pouvait, devant ses proches, prononcer sur sa vie et son honneur (2), et même la vendre comme son enfant ou son esclave (3). — Le mari, père de famille, *sui juris*, se donnait-il en

(1) Gaius, m. § 14.

(2) Tacite : Prisco instituto, propinqui coram de capite famaque conjugis cognovit. (Annal. xiii. 32, anno 37).

(3) Gaius, i. § 117-118. « Omnes liberorum personæ, sive masculini, sive feminini sexûs, si in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt : idem juris est in earum personis quæ in manu sunt ».

T. 3.

adrogation? Le mari, fils de famille, *alieni juris*, était-il donné par son père en adoption? La femme suivait la condition du mari; elle entraînait dans la nouvelle famille; l'union était *indivisible* (1).

Mais l'union n'était pas *indissoluble*. La puissance à laquelle était soumise la femme *in manu mariti*, pouvait, sous forme de vente, produire indirectement la répudiation de l'épouse (2). — Il y avait aussi une répudiation directe, le divorce que le mari pouvait exercer pour une cause déterminée, l'adultère, l'intempérance, la tentative d'empoisonnement à l'égard des enfants, la substitution de part (3), et même la stérilité de l'épouse, comme le prouve le premier divorce dont l'histoire ait conservé le souvenir, celui de Sp. Carvilius Ruga, vers l'an 520 (4). Le divorce, dans ces premiers temps, pouvait être réclamé par le mari seul et pour une des causes indiquées (5): cette cause était examinée dans un conseil de parents ou d'amis (6).

La femme, placée sous la puissance maritale, était,

(1) *Individuum vitæ consuetudinem continens*.

(2) C'est ce qu'on voit encore dans les mœurs de la basse classe en Angleterre: l'homme du peuple conduit sa femme au marché et la met en vente; c'est un mode de divorce toléré par les magistrats. On en attribue l'origine à des usages transmis par les anciens Bretons (V. *l'Angleterre*, par M. Pillet, ch. 34). Or, dans le *droit celtique* (comme je le ferai voir ailleurs), il y avait, ainsi qu'à Rome, puissance *absolue* du mari.

(3) Denys d'Halic. liv. 2, c. 26. Cic. orat. 1, 40; Philipp. 2, 28; Dig. 24, 2, 1. Gaius: La formule était: *Tuas res tibi habeto*.

(4) Aulugel. liv. 4, c. 3; Valère Maxim. 2, 1, n.º 4.

(5) Gravina, liv. 2, c. 29, de divortiis, *fragment* de la loi des XII Tables: « si mulieri repudium mittere volet, causam dicito, harumce unam (source douteuse). Otto. thes. jur. t. IV, p. 10.

(6) Val. Max. II, 1, 4, 8.

en cas de survie, au nombre des *héritiers siens* du mari mort *ab intestat*: si le mari intestat ne laissait pas d'enfants, la femme était héritière sienne et nécessaire. Ce rang de *filles du mari*, qui était toujours celui de la femme placée *in manu mariti*, étendait ses effets sur la succession des enfants soit du mari et de la femme, soit du mari seul. Ainsi, la mère prenait part, comme sœur, à la succession de ses enfants prédécédés; ainsi la seconde femme du mari, *noverca*, prenait aussi sa part de sœur dans la succession des fils de son mari (1).

2.º Quand la fille ou la femme romaine n'était plus en puissance, elle était en tutelle, et la tutelle des femmes était perpétuelle, à cause de la faiblesse de leur sexe, *propter levitatem animi* (2). — La tutelle était testamentaire ou légitime.

Le père de famille ou le mari avait le droit de pourvoir par testament à la défense de la fille ou de la femme, soit en nommant le tuteur testamentaire, soit en laissant à la femme le choix de son tuteur, appelé alors tuteur optif (3).

À défaut de tutelle testamentaire ou à son expiration, la fille ou la veuve était soumise, par la loi des XII Tables, à la tutelle de son agnat le plus proche (4).

Il était permis aux agnats, tuteurs légitimes des femmes,

(1) Gaius, III, § 14.

(2) Gaius, I, § 144. Les Vestales en étaient exemptes, *id.* 145.

(3) Gaius, I, § 143. 154. La faculté laissée à la femme était absolue ou restreinte. Dans le premier cas, la femme avait le droit de se choisir un nouveau tuteur pour chaque circonstance; dans le second, elle pouvait faire cette option une ou deux fois, selon la volonté exprimée par le testateur.

(4) Gaius, I, § 157.

aux frères, par exemple, tuteurs de leurs sœurs, de céder à d'autres la tutelle devant le magistrat (*in jure cedere*) ; si le tuteur cessionnaire (*cessicius*) venait à changer d'état ou à mourir, la tutelle revenait au cédant ; si ce dernier mourait ou subissait la petite diminution de tête, la tutelle se retirait du cessionnaire, et revenait à l'agnat qui occupait le degré subséquent (1).

La femme pouvait éviter la tutelle légitime par une coemption fiduciaire, imitée de la coemption pour mariage ; avec le consentement, et sous l'autorité des tuteurs qu'elle voulait éviter, elle faisait *coemption*, vente d'elle-même. L'acheteur la revendait au citoyen qu'elle indiquait, et, affranchie par ce dernier, elle l'avait pour tuteur fiduciaire (2). — Pour échapper à la tutelle des agnats, la femme mariée, mais non encore *in manu*, pouvait faire la coemption fiduciaire avec son mari ; alors elle prenait sa place de fille dans la famille.

La femme étant toujours soit en puissance, soit en tutelle, ne pouvait avoir le droit de tester. C'est au citoyen *sui juris* et pubère (par conséquent affranchi de la tutelle), que les XII Tables accordaient le droit de dicter la loi testamentaire, *uti legasset, ita jus esto* (3). Mais, au moyen de la coemption fiduciaire, sous l'autorité des tuteurs légitimes, et par l'effet de l'affranchissement qui en était la suite, la femme pubère, *sui juris*, acquérait la faculté de faire testament. N'étant plus soumise à la tutelle des agnats, elle n'était plus en état de

(1) Gaius, I. § 469. 474.

(2) Gaius, I. § 414. 415.

(3) Dicat testator et erit lex, est un texte douteux.

pupillarité, elle n'était plus incapable de tester. Autrefois, dit Gaius, ce moyen était le seul qui pût conférer à la femme la capacité de tester ; cette forme d'affranchissement n'a cessé que sous Adrien (1). Les intérêts de l'agnat le plus proche, tuteur et en même temps héritier présumptif de la femme, étaient garantis par la nécessité de l'autorisation. Il ne devait pas consentir facilement à être dépouillé, par un testament, des droits que la loi lui assurait sur la succession future de la femme soumise à sa tutelle. Dans tous les cas, il ne pouvait se plaindre de la disposition ; on pouvait faire à son égard une saine application de cette règle, qui deviendrait fautive par une trop grande extension, *volenti non fit injuria*. — La forme d'affranchissement étant tombée en désuétude, la règle fondamentale resta, que la femme en tutelle ne pouvait tester qu'avec l'autorisation du tuteur (2).

VII. Dans la constitution de la famille romaine, telle que nous l'avons représentée, les rapports *réels*, c'est-à-dire ceux qui concernent la transmission légitime des biens, sont toujours subordonnés aux rapports *personnels*, c'est-à-dire au maintien de la personne dans la famille civile.

1.° La qualité de fils de famille, *alieni juris*, est fondée sur la puissance paternelle, et par conséquent, si le fils est mis hors de la puissance du chef de famille, il n'a plus sa qualité première ; il devient père de famille (3) ;

(1) Gaius, I. 415.

(2) Gaius, II. § 415. Elle pouvait tester après douze ans.

(3) Pater-familiās appellatur qui in domo dominium habet, rectèque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat ; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et

citoyen *sui juris*; ou donné en adoption, il passe sous la puissance du père adoptif. N'étant plus dans la famille, il ne peut plus être au nombre des héritiers siens et nécessaires. Le droit des XII Tables défère l'hérédité *ab intestat* aux héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants qui viennent de leur chef, *per capita*, et aux petits-enfants ou descendants qui viennent par représentation de leur père *non in capita sed in stirpes* (1); mais il répute héritiers siens ceux seulement qui se trouvent sous la puissance immédiate du défunt au temps de sa mort (2). Le petit changement d'état (*minima capitis diminutio*) qui résulte de l'adoption ou de l'émancipation, suffit donc pour rompre à l'égard de l'adopté ou de l'émancipé, le lien de la famille civile et de la succession des *sui et necessarii*. Les enfants de l'émancipé, restés en puissance, sont héritiers siens à la place de leur père; les enfants du fils en puissance ne sont pas héritiers siens de l'aïeul. Si le fils émancipé est institué héritier par son père, il est compté au nombre des héritiers étrangers (*extranei hæredes*); et il a par conséquent le droit de faire ou de ne pas faire addition d'hérédité (3), car il n'est plus héritier nécessaire.

2.^o L'agnation est fondée aussi, comme on l'a vu, sur la puissance paternelle; et si un agnat subit la petite

pupillum patrem-familiās appellamus, et cum pater-familiās moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt singulas familias incipiunt habere; singuli patrum-familiarum nomen subeunt; *idemque evenit in eo qui emancipatus est*; nam et hic *sui juris effectus propriam familiam habet*. Ulp. D. de verb. sig. 495.

(1) Gaius, III. § 7. 8.

(2) Instit. liv. 3. t. 1.

(3) Gaius, II. § 161. 162.

diminution de tête, par adoption ou par émancipation, le lien de l'agnation est rompu, car si le chef de famille vivait, cet agnat ne serait plus sous sa puissance. Ce dernier a donc cessé d'être agnat; il est hors de la famille, il n'a plus droit à la tutelle, à l'hérédité légitimes des agnats. Cette hérédité est déférée aux agnats du degré le plus proche par tête et non par souches. Il n'y a pas lieu à représentation entre ceux du même degré, par exemple, entre les enfants de plusieurs frères (1). Si l'agnat ne veut pas accepter l'hérédité, il n'y a pas dévolution au degré subséquent (2).

3.^o La gentilité est fondée sur les rapports entre la race première et les familles qui en sont successivement issues; elle a aussi pour principe éloigné et pour lien à travers les âges la puissance paternelle; le rapport est rompu si un citoyen passe dans une famille de race différente, ou s'il sort de la famille par l'émancipation; la petite diminution de tête suffit pour faire perdre les droits de gentilité (3), comme dans les autres rapports de famille, parce

(1) Gaius, I. § 158. 163. *Id.* III. § 16 : « Quod si defuncti nullus frater exstet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hæreditas pertinet; sed quæsitum est si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo ex altero tres vel quatuor, utrum in *stirpes* dividenda sit hæreditas, sicut *inter suos* hæredes juris est, an potius in *capita*; jamdudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem ».

(2) Dans le principe, il n'y avait pas de dévolution du degré le plus proche à un autre degré, en cas de non acceptation de la succession. Plus tard, le préteur accorda la possession de biens, *undè cognati*.

(3) Cicéron dit dans sa définition, Topic. 6 : « Gentiles sunt : qui eodem inter se sunt nomine... qui *capite non sunt diminuti* ».

que la raison civile peut rompre des liens civils (1). Pour la gentilité comme pour l'agnation, c'est au degré le plus proche, sans représentation ni dévolution au degré subséquent, que la succession est déférée.

Ainsi tout se tient dans l'organisation de la famille romaine et des successions légitimes. Les rapports *réels* sont subordonnés aux rapports *personnels* ; en sortant de la famille civile, par quelque cause que ce soit, on rompt en même temps les rapports personnels et réels. — La volonté seule du citoyen, chef de famille, investi de la puissance absolue de tester, peut changer cette subordination de la transmission héréditaire à l'état des personnes. Le droit individuel du citoyen dans la liberté de tester l'emporte sur la constitution légale, sur le droit de la famille. L'hérédité testamentaire est préférée à l'hérédité légitime. Le citoyen, dans Rome primitive, est supérieur même à la famille. Le droit individuel de l'homme l'emporte sur le droit collectif de la famille, civile ou naturelle ; et ce principe forme l'un des caractères fondamentaux du Droit romain, dans l'histoire du Droit des nations.

L'hérédité, testamentaire ou légitime, est la continuation de la personne du père de famille ; c'est un moyen aussi de continuer le culte domestique, les *sacra domûs* ; mais si les

(1) Gaius, I, § 138 : *Quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non potest*. Gaius dit dans ce § 138 que la cognation n'est pas changée par la diminution de tête, mais l'agnation ; il ne parle pas de la gentilité ; la lacune relative à la gentilité est entre les paragraphes 164 et 165. — Mais dans le § 138, Gaius n'eût pas manqué de mentionner la gentilité avec la cognation, si elles avaient eu le caractère commun de ne pas changer par la petite diminution de tête.

héritiers siens et nécessaires, les agnats, les gentils, l'héritier institué négligent l'exercice de leurs droits, l'hérédité elle-même et les choses héréditaires peuvent être usucapées *pro hærede* par le possesseur, qui s'en empare soit avant l'adition d'hérédité, soit avant l'exercice des droits et obligations de l'héritier *sien et nécessaire*. L'usucapion lui est acquise par un an de possession, règle exceptionnelle du droit antique (1), établie pour rendre promptes les aditions d'hérédité, prévenir l'interruption des sacrifices privés, donner aux créanciers une personne contre laquelle ils pussent poursuivre leurs droits (2) ; règle favorable aux agnats et aux gentils du second degré, qui pouvaient trouver dans l'usucapion *pro hærede* un remède contre le défaut de dévolution du degré le plus proche au degré subséquent, et qui n'étaient pas ainsi totalement privés du secours de la loi, avant l'institution prétorienne de la succession *undè cognati*.

VIII. La famille immédiate (naturelle ou adoptive) des héritiers siens, l'agnation, la gentilité, c'est là ce qui constitue la famille romaine considérée selon la loi des XII Tables, dans ses éléments fondamentaux.

Nous devons la considérer maintenant dans ses éléments accessoires.

Les éléments accessoires à la famille, ce sont les esclaves, les affranchis, les enfants émancipés.

De même que la puissance paternelle du chef de fa-

(1) *Olim*, dit Gaius, II, § 54.

(2) Gaius, II, § 54. 55. 56. Adrien a supprimé cette usucapion, sauf quand il y avait des héritiers nécessaires.

mille est l'unité de principe qui lie entr'eux les éléments fondamentaux de la famille, de même la puissance dominicale est l'unité à laquelle se rattachent les éléments accessoires de la famille.

Il y a unité de puissance pour faire sortir les esclaves de la servitude et les enfants de la famille ;

Il y a emploi des mêmes moyens pour l'action de cette puissance ;

Il y a identité de droits sur la personne des esclaves affranchis et des enfants émancipés.

Les esclaves sont compris sous le nom générique de *famille* (1). Ce que le père pouvait envers les esclaves, il le pouvait envers ses enfants, *patri licebat in filios quod in servos* (2). Il avait également le droit de vendre les uns et les autres, et le droit de les revendiquer comme sa chose (3) ; les enfants pouvaient être mancipés par le même mode que les esclaves (4). — Si le père avait le droit de vendre ses fils, de les donner *in mancipio*, il avait aussi le droit de les affranchir ; et l'émancipation du fils n'était, en définitive, qu'un affranchissement. Vendu par son père une première fois, le fils affranchi par l'acheteur rentrait sous la puissance paternelle ; vendu une seconde fois et affranchi de nouveau, il retombait sous cette puissance ; vendu une troisième

(1) *Servitutem quoque solemus appellare familias.*

Familiae appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur (Ulp. l. 1. 495. D. de verb. signif.).

(2) Gaius.

(3) D. VI. I. 4. § 2. *Filium... ex lege Quiritium vindicare posse.*

(4) *Eodem modo quo etiam servi mancipari possunt* (Gaius, l. § 117). *Eodem modo serviles et liberae personae mancipantur* (Gaius, l. § 120).

fois, il était libre du pouvoir paternel (1). Il ne pouvait plus être *in potestate*, mais il était *in mancipio* ; celui qui l'avait acheté du père le possédait *in causâ mancipii* (2). Il avait sur lui le droit du maître, quoique le fils mancipé ne fût pas entièrement assimilé à l'esclave aux yeux de la Cité : le mancipé pouvait, en effet, obtenir sa liberté par le cens, malgré le possesseur (3) ; et, dégagé d'une servitude passagère, il reprenait les droits d'ingénuité. Hors le cas d'affranchissement par l'intervention directe du magistrat, le fils placé *in causâ mancipii* était affranchi comme l'esclave, par les modes ordinaires, la vindicte, le cens, le testament (4), et celui qui l'avait affranchi devenait son patron. Si donc le père voulait se réserver le droit d'affranchir son fils, et d'exercer le patronage, à la troisième vente il imposait la condition de *fiducie* à l'acheteur, qui s'obligeait à lui faire la rémanicipation du fils (5). Par la rémanicipation, le père possédait lui-même son fils *in mancipio*, et alors il pouvait, par la vindicte, l'affranchir comme son esclave et devenir son patron. De ce droit primitif de ventes successives, et de cette institution du *mancipium* à l'égard des enfants vendus en vertu de la puissance pater-

(1) « Si pater fidium ter venum duit, fidius à patre liber esto » (Tab. iv. 3).

(2) Gaius, II. § 160.

(3) Gaius, I. § 140. 141.

(4) Gaius, I. § 138. *Il qui in causâ mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindictâ, censu, testamento manumissi, sui juris fiunt.*

(5) « Quem pater eâ lege mancipio dedit ut sibi remanipetur » (Gaius, I. § 140).

nelle, est venue l'*émancipation* qui se faisait par trois ventes fictives, non interrompues, par la rémanicipation et l'affranchissement devant le magistrat (1). Le fils sortait par le dernier affranchissement de l'état de mancipation, *ex mancipio*, il était *émancipé*.

L'*émancipation* dans sa forme symbolique avait ainsi conservé l'identité de la puissance paternelle et de la puissance dominicale.

Elle était employée pour rendre le fils de famille, père de famille, *sui juris*; elle était employée aussi comme préalable nécessaire dans l'adoption, pour faire passer le fils, *alieni juris*, d'une famille dans une autre : l'adoption se composait de deux actes essentiels : la triple mancipation qui éteignait la puissance dans le père naturel, et la vindication faite devant le magistrat par le père adoptif, l'acheteur, réclamant le fils, du père naturel qui le détenait encore après la troisième mancipation (2). Cette vindication fictive devant le magistrat s'appelait *in jure cessio*, et les formes de l'adoption se composaient ainsi des formes combinées de l'*émancipation* et de la *cessio in jure*. — Le père adoptif ne pouvait ensuite faire sortir de sa puissance l'enfant adopté que par l'*émancipation* dans les formes ordinaires, ou par une seconde adoption réunissant les solennités combinées (3).

L'unité de puissance à l'égard des esclaves affranchis

(1) S'il s'agissait d'une fille ou d'un petit-fils, une vente seule suffisait, avec la rémanicipation et l'affranchissement.

(2) Aut jure mancipationis patri adoptivo vindicanti filium ab eo apud quem in tertia mancipatione est (Gaius, I, 135).

(3) Gaius, I, § 61.

et des enfants émancipés, produit deux corollaires importants quant aux droits de succession et de tutelle :

1.^o Le maître qui affranchit son esclave, a le droit de patronage. La loi des XII Tables accordait au patron le droit de succession sur les biens des affranchis, morts sans *héritiers siens* ou sans héritiers testamentaires (1); les enfants du patron ou ses descendants succédaient à son droit d'hérédité légitime (*ad patronos liberosque eorum pertinet*); le patron et ses descendants avaient aussi, par droit de conséquence, la tutelle légitime de l'affranchi impubère ou de l'enfant impubère qui lui avait survécu (2); les fils du patron étaient dits *tuteurs légitimes*, car, si le père n'avait pas affranchi l'esclave, celui-ci, à la mort du maître, aurait été sous la puissance de ses enfants, héritiers siens;

2.^o Le droit de patronage, par interprétation de la loi des XII tables, appartenait également, pour la *tutelle* et la *succession* légitimes, au parent émancipateur, *manumissor*, et à ses fils sur la personne et les biens de l'émancipé (3); seulement les fils du parent émancipateur

(1) Gaius, I, § 165.

(2) Si l'affranchi laissait un enfant impubère et des fils majeurs de 25 ans, les frères, agnats directs, avaient la tutelle légitime. L'agnation réelle l'emportait sur l'agnation fictive qui résultait du patronage (Vinnius, inst. lib. 5, tit. 8).

(3) « Et tunc, ex edicto prætoris, in hujus filii vel filiarum, vel nepotis vel neptis bonis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti quæ *tribunantur patrono in bonis liberti*. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel *cæteri*, ipse parens ex manumissione *tutellam ejus nanciscitur* (Inst. Just. I, XI, 6). Ad legitimam

étaient nommés en droit tuteurs fiduciaires et non tuteurs légitimes (1). Les enfants impubères émancipés, ne pouvaient directement retomber sous la tutelle *légitime* de leurs frères considérés en qualité d'agnats, puisque l'émancipation, petite diminution de tête, rompait l'agnation. Les frères étaient donc appelés à la tutelle de leurs frères émancipés par suite d'une réserve ou d'une clause de *fiducie* que l'on présumait avoir eu lieu au moment de l'émancipation; de là leur nom de tuteurs fiduciaires (2).

Le droit des patrons sur la personne des affranchis et

successionem vocatur etiam parens qui contractâ fiduciâ, filium, vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. *Idem* 5, II, 8).

(1) Gaius, .: § 173. — Le juriconsulte dit (§ 166): *exemplo patronorum quoque fiduciaria tutela reperta est*, ce qui s'applique au titre même de parent émancipateur, qui serait appelé aussi tuteur fiduciaire; cependant on voit (§ 172) que le père émancipateur peut être appelé tuteur légitime, et au surplus, quel que soit son titre, *non minus huic quam patronis honor præstandus est* (172).

(2) La tutelle légitime des patrons et des parents émancipateurs avait une force réelle qui a conservé ses droits à l'égard des femmes affranchies ou émancipées, même à l'époque où la tutelle des femmes fut affaiblie; les patrons ne pouvaient être contraints par le magistrat à donner leur autorisation, ni pour la confection du testament des femmes affranchies ou émancipées, ni pour l'aliénation des choses *mancipi*, ni pour obligations à consentir, à moins d'une cause très-grave d'aliénation ou d'obligation. Cette autorité avait été accordée et maintenue afin que l'hérédité des femmes, soumises à la tutelle des patrons, ne leur fût pas enlevée directement ou ne leur revint pas grevée de dettes (Gaius I. 492).

sur leurs successions, était identique au droit des agnats dans la constitution de la famille. Les patrons et ses enfants occupaient la place des agnats à l'égard de l'affranchi qui, né récemment à la vie civile, ne pouvait pas avoir encore d'agnats par le sang. C'était une agnation secondaire créée à l'image de la grande agnation fondée sur les droits de consanguinité (1).

Cette assimilation était toute logique, car l'affranchi était vraiment associé à la famille du patron. L'affranchi prenait les noms du patron, en y ajoutant son nom individuel. Les droits de succession des patrons et de ses enfants étaient, comme ceux des agnats, subordonnés à la condition que l'affranchi n'aurait pas laissé d'héritiers *siens* ou serait mort *sans testament*. Les affranchis formaient ainsi une partie accessoire à la famille qui existait dans le présent et s'étendait vers l'avenir.

Mais pouvaient-ils faire partie de la race, de la *gens*? Evidemment non, puisqu'ils n'avaient pas de famille dans le passé. Ils naissaient à la vie de citoyen, à la vie de famille par l'affranchissement; ils n'avaient de racine que dans la famille civile et l'agnation représentée par le patron et ses enfants. Leur souche unique, *stirps*, était dans le patron qui les avait affranchis (2), et ils ne pou-

(1) Vinnius, inst. lib. 3. tit. 8. *legem XII Tab. non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*

(2) L'affranchi qui avait appartenu à deux maîtres et qui avait deux patrons ne pouvait pas avoir *deux souches*; aussi sa succession ne se divisait pas entre les enfants des deux patrons *in stirpes*, mais par tête *in capita*. — C'est ce que nous apprennent Ulpien, fragm. tit. 27. § 4, et Paul Reg. sent. liv. 3. t. 2. § 3: « *Libertorum hæreditas in capita non in stir-*

vaient pas remonter plus haut, car au-delà pour eux. était la servitude. N'ayant point de passé dans la famille, ils n'avaient pas de race, ils étaient *sine gente* (1), et par conséquent il n'y avait pas à leur égard de succession et de tutelle des *gentiles*. Ce qui composait le *gentilicium jus* (2) de la loi des XII Tables, leur était complètement étranger (3). Ils étaient soumis au droit de *souche* et non aux droits de *gentilité*. Aussi dans une question qui s'agissait entre deux familles différentes, mais de race commune, relativement à la succession d'un fils d'affranchi, Cicéron nous apprend que les Marcellus prétendaient à la succession par droit de souche, *stirpe*, et les Claudius par droit de race, *gente*, et que toute la discussion avait dû porter sur le droit de souche et le droit de gentilité : « Nonne in eâ causâ fuit oratoribus de toto *stirpis ac gentilitatis jure* dicendum » (4)? On ne pouvait pas confondre à l'égard des affranchis la *souche* et la *race* que distingue nettement Cicéron; leur souche est le pa-

» *pes* dividetur; et ideo si *unius* patroni duo sunt liberi, *alterius* quatuor, singuli viriles, id est, æquales portiones » habebunt ».

(1) Horace emploie cette expression dans un sens défavorable. Sat. liv. 2. v. 45.

Il dit quelque part dans ses satires : Libertinus et non *generosus*; et l'on se rappelle que Cicéron emploie *genus*, pour *gens*.

(2) Expression employée par Gaius, III. § 47,

(3) C'est ce que nous démontrerons *infra*, § des familles patriciennes et plébéiennes.

(4) Cic. de orat. 1. 59. Ernesti dans son index latinitatis sur Cicéron (édition de M. Leclerc), dit très-bien : *stirps*, seu familia, *pars gentis*.

tron auquel ils se rattachent par leur naissance à la vie politique et civile; la race est un élément antérieur dans lequel ils n'ont jamais vécu, auquel n'a jamais pu tenir leur servile origine. (1)

F. LAFERRIÈRE.

(La suite à la prochaine livraison.)

(1) La conclusion à laquelle nous arrivons ici a besoin d'un développement pour répondre aux différentes théories qui ont été exposées dernièrement sur la *gens*. — Aussi nous avons cru devoir renvoyer à une dissertation spéciale l'examen des deux questions qui naissent du système de Niebuhr et de celui que M. Ortolan a si habilement exposé soit dans la revue de législation, soit dans son commentaire sur les *institutes*.

QUESTION DE DROIT CIVIL.

Le tuteur du mari interdit peut-il, au nom de son pupille, exercer l'action en désaveu de paternité ?

I. Cette question, dont l'intérêt est facile à apprécier, se rattachant à la matière si délicate de la paternité et de la filiation, il ne sera pas inutile, ce semble, d'esquisser ici, en partie, l'économie de la loi à cet égard, afin de bien saisir les principes à la lumière desquels il nous faudra marcher ensuite.

II. Les enfants sont légitimes ou illégitimes, — pas de milieu, — et appartenir à un mariage valable, comme l'effet à sa cause, est ce qui donne seulement la première qualité. Hors de là, c'est l'illégitimité. (La légitimation s'appuie sur des considérations particulières.)

Cela posé, un mariage valable étant reconnu comme existant ou ayant existé entre deux individus, un tiers en réclame les effets comme en étant issu : deux cas peuvent se présenter :

Ou bien, ni l'accouchement de la femme mariée ou veuve, ni l'identité du réclamant avec l'enfant qu'elle a mis au monde ne sont contestés, ou bien c'est le cas inverse.

— Dans la première hypothèse, cet individu sera enfant légitime et pourra en réclamer les droits, *s'il est fils du mari de l'accouchée*, c'est-à-dire, *conçu de ses œuvres*. Mais comment le savoir ?....

En théorie, d'une part, la paternité étant une chose incertaine de sa nature ne peut, comme telle, être établie qu'au moyen de présomptions, et l'art. 312 établit

celle-ci : « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ».

D'autre part, la conception est aussi un fait caché, inconnu, et pourtant il faut déterminer son époque, pour l'application de l'art. 312. Or, voici le système de la loi sur ce point : la naissance, fait *patent*, devant être précédée du temps de la *gestation*, si l'on connaît la durée de celle-ci, on peut remonter de la naissance à la conception, et cette durée de la grossesse, variable pourtant d'après les circonstances, est encore fixée par la loi en *minimum* (180 jours), et en *maximum* (300 jours). Voy. art. 312, 314, 315.

En pratique, et pour l'application de ces règles, il faut avant tout remarquer que le mari pouvant précéder et dès-lors le mariage être dissous avant comme après la naissance de l'enfant *conçu*, il arrivera que celle-ci aura lieu *pendant* le mariage dans le dernier cas, et *après sa dissolution* dans le premier.

Si elle a lieu *pendant* le mariage, on arrive, par le calcul des grossesses ci-dessus indiqué, à la réalisation de l'une des deux hypothèses suivantes :

1.^o Ou il y a plus de 180 jours depuis la célébration du mariage ; — et alors, par application du *minimum* de la gestation, l'enfant a été *conçu pendant* le mariage.

L'art. 312 et la présomption sont applicables.

Donc le mari est *père* de l'enfant, — qui est légitime. Toutefois, comme « on est forcé d'avouer que cette » règle (de l'art. 312) si nécessaire au maintien de la » société, n'est établie que sur des indices, le législa- » teur se mettrait en opposition avec les premiers élé-

» ments du droit et de la raison, s'il faisait prévaloir
 » une présomption à une *preuve positive* ou à une *présomption plus forte*. Au lieu de soutenir la dignité
 » du mariage, on l'avilirait, on le rendrait odieux s'il
 » servait de prétexte à légitimer un enfant qui, aux
 » yeux du public convaincu par des circonstances *décisives*, n'appartiendrait pas au mariage (Bigot-Préa-
 » meneu) ».

Dès-lors l'enfant dont il s'agit maintenant a bien pour père le mari, mais, sauf dans les cas où *cela est impossible* (312, 313), et où l'impossibilité est prouvée en justice par le père *préssumé*, à la suite d'une *action en désaveu*, — action que la loi, en l'ouvrant, a dû néanmoins *restreindre*, — action soumise pour cela à une prescription particulière (316, 318), — action enfin qui, bien que transmissible, ne passe pourtant pas aux héritiers du mari, encore pour le même motif, que si celui-ci est mort sans y avoir renoncé expressément ou tacitement, et étant encore dans les délais pour agir (317). Notons bien ces choses, — voilà le *désaveu*.

2.^o Ou il y a moins de 180 jours depuis la célébration; — la conception est alors antérieure au mariage; le *minimum* de gestation ne peut la protéger : l'art. 312 n'est pas applicable. — Que faut-il statuer? Voyez l'art. 314 : ce cas nous est étranger; il se rattache à la légitimation.

Si au contraire la naissance n'a lieu qu'après la dissolution du mariage, selon que, par le calcul de la durée des grossesses, on arrivera à une conception ou contemporaine du mariage existant (naissance arrivant plus de 180 jours après la célébration et moins de 300

jours après la dissolution), ou antérieure à la célébration (naissance arrivant, quoiqu'après la dissolution, moins de 180 jours depuis la célébration), ou postérieure à la dissolution du mariage (naissance arrivant plus de 300 jours après cette dissolution), l'enfant pourra (au premier cas) ou ne pourra pas (aux deux derniers cas) invoquer la présomption de l'art. 312. Quand il pourra l'invoquer, l'action en désaveu seule pourra, de la part des intéressés, le dépouiller de sa qualité, tandis qu'une contestation d'état suffira pour le faire déclarer illégitime, s'il n'est pas conçu pendant le mariage.

On voit par là en quels cas l'action en désaveu proprement dite est rigoureusement ouverte : c'est lorsque ni l'accouchement ni l'identité n'étant contestés, il s'agit de dépouiller l'enfant du bénéfice de la présomption établie par l'art. 312.

— Si au contraire l'accouchement et l'identité sont contestés, c'est par une action en réclamation d'état que l'enfant doit agir, et arriver à prouver sa légitimité, soit par l'acte de naissance, soit par la possession d'état, soit par témoins. — Mais ceci n'a pas trait à la question que nous avons à examiner, pas plus que la théorie de la loi sur les enfants illégitimes que, pour ce motif, nous ne faisons que mentionner, et dont l'exposé ne serait ici nécessaire que si nous voulions, chose inutile, indiquer l'entier système du code sur la filiation.

III. Avec ces notions, reprenons la question proposée : Le tuteur du mari interdit peut-il, au nom de son pupille, exercer l'action en désaveu d paternité?

Pourquoi pas?

IV. Les auteurs n'ont pas, que nous sachions, exa-

miné à fond cette difficulté. M. Bedel, en son traité de l'adultère (1), et les savants traducteurs de M. Zachariæ la mentionnent pourtant. Ces derniers disent : « Nul » ne peut, du vivant du mari, exercer en son nom le » droit de désaveu qui lui appartient », (et en note) : « Ce désaveu est pour le mari une question d'honneur, » dont il doit être le seul appréciateur. Ainsi le droit » de désaveu ne peut être exercé, en son nom, par » son tuteur dans le cas où il est interdit (2) ».

On le voit, ces honorables professeurs, auxquels la science française doit une grande reconnaissance pour leur excellent travail, ne donnent ici comme majeure de leur raisonnement que le motif d'honneur appréciable par le mari seul. S'ils se bornent là, on peut leur demander si, en présence de ce qui a lieu, quand le mari est mort, que l'action passe à ses héritiers sous certaines conditions et qu'ils apprécient eux aussi la même question d'honneur, ce droit privatif du mari est aussi absolu qu'ils le disent. MM. Aubry et Rau l'ont senti eux-mêmes, et c'est sans doute pour cela qu'ils s'appuient sur un autre motif et qu'ils renvoient à une note postérieure (3) que nous allons faire connaître, après avoir transcrit toutefois l'art. 316 auquel elle se rapporte :

« Dans les divers cas, dit la loi, où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il » se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant.

(1) N.º 80.

(2) T. 3, p. 645. — Il est à remarquer que l'original de M. Zachariæ ne renferme pas cette note.

(3) T. 3, p. 647, note 46.

» Dans les deux mois après son retour, si à la même » époque il est absent;

» Dans les deux mois après la découverte de la fraude, » si on lui avait caché la naissance de l'enfant ».

A ce sujet, les traducteurs ajoutent, avec M. Zachariæ lui-même cette fois (1) et d'autres auteurs, notamment Malleville et Delvincourt, ce qui suit : « Il semble que, » d'après l'analogie des dispositions des deux derniers ali- » néas de l'art. 316, le délai ne doit courir contre le » mari qui n'a pu, à raison de son état mental, avoir » connaissance de l'accouchement de sa femme ou du moins » apprécier cet événement, qu'à dater du moment où il » a recouvré ses facultés intellectuelles ».

Nous apercevons maintenant la véritable pensée des auteurs; la voici, ce semble :

La prescription est suspendue en faveur de l'interdit (2252); — d'où suit que si le tuteur n'intente pas l'action, le droit du mari n'est pas perdu, et s'il revient en santé ou s'il meurt en cet état, lui ou ses héritiers pourront agir dans les délais légaux : — le droit du mari est conservé par là, malgré l'intention du tuteur.

Mais y a-t-il dans cette raison de quoi repousser l'ac-

(1) Sauf erreur, le langage de l'original, s'il est moins développé, nous paraît plus affirmatif : « Nach dieser Regel Wird auch der Fall zu beurtheilen seyn, da der mann gemüthskrank war (t. 3, p. 346, not. 38) ». — M. Delvincourt sur l'art. 316 s'exprime ainsi : « Quid si le mari est fou, furieux, imbecille ou attaqué d'une maladie qui l'empêche de sortir? Je pense que le délai de deux mois ne doit courir que du moment où l'on peut raisonnablement penser qu'il a eu connaissance de l'accouchement ».

tion, s'il l'intente? Evidemment non : et la fin de non recevoir ne se trouve alors que dans le *motif d'honneur*, donné d'abord par les auteurs, et de l'appréciation duquel ils font un droit *purement personnel* en faveur du mari.

Tel est donc leur système : le tuteur n'agit pas, d'abord, parce qu'il n'y a pas intérêt pour le pupille qui pourra agir plus tard : et de plus, parce que l'action à exercer excède sa puissance; d'un côté, pour que le mari puisse agir après l'interdiction levée, il faut une suspension de la prescription : — ils la suspendent. D'un autre côté, pour que, durant la *pupillarité* du mari, son tuteur ne puisse agir pour lui, il faut que l'action soit privativement attribuée au mari, de son vivant; — c'est ce qu'ils font.

Ainsi répond-on à notre question : Pourquoi le tuteur ne pourrait-il pas agir?

V. Que faut-il penser de tout cela?

— On peut dire contre cette solution négative ce qui suit :

En principe, le tuteur de l'interdit (509-450) le représente *dans tous les actes civils*. — Il exerce ses droits, intente ses actions, sauf exception expresse ou virtuelle, notamment si le droit est tellement personnelissime au pupille que lui *seul* le puisse exercer. Or, en est-il ainsi, au cas qui nous occupe? nullement : car, soit que l'illégitimité de l'enfant soit flagrante (impossibilité physique de cohabitation, 312), soit que la paternité du mari soit physiquement possible, quoique susceptible d'attaque (impossibilité morale de cohabiter, 313), l'action en désaveu passe aux héritiers, si le mari meurt dans les délais légaux sans y avoir renoncé (317). Il n'est donc pas exact

de dire que l'action est *inhérente à la personne* du mari, et sa *nature* ne doit pas faire obstacle à ce que le tuteur l'exerce. S'il en est ainsi, pourquoi suspendre la prescription ou, plus exactement, la déchéance prononcée par l'art. 316? Quelle est la nécessité de déroger à cette règle générale, que les déchéances et prescriptions courtes ne sont pas suspendues par la pupillarité (art. 2278, 1676, 1663 c. civ., 398, 1444 c. proc.)?

Voyez, d'ailleurs, les inconvénients de cette suspension pour interdiction, qui n'aura qu'un terme des plus éloignés, et qu'il faudrait pourtant plutôt restreindre en général qu'étendre, comme le montre M. Berriat Saint-Prix en son récent mémoire sur ce point, si plein de science et d'esprit.

Jusqu'au désaveu, l'enfant sera réputé légitime, c'est-à-dire pendant dix, vingt, trente ans : il prendra une place qu'on ne lui contestera pas : la société s'habitue à le reconnaître pour l'enfant légitime du mari, et puis, tout cela disparaîtra en un jour!... On ne réfléchit pas assez d'ordinaire sur la considération qui est due *aux habitudes de la société* : qu'on pense notamment à leur influence dans les questions de propriété acquise par prescription ! C'est un premier inconvénient.

Qu'on prenne l'espèce inverse : l'illégitimité de l'enfant sera flagrante : le mari enfermé, séparé de sa femme, ne pourra évidemment être son père : nul n'en doutera, et pourtant, jusqu'au désaveu, à l'ombre de la présomption de l'art. 312, il réclamera des aliments, une éducation, un établissement, une dot, un avancement d'hoirie (511 c. civ.), et le reste. Par là seront diminués annuellement les revenus de l'interdit que la loi affecte (510 c. civ.)

spécialement à l'amélioration de son sort : ses capitaux pourront même en être ébréchés, et l'inconduite de la femme, cause peut-être de cet état déplorable du mari, sera véritablement impunie; elle sera encouragée...

Qu'aurions-nous encore à dire du dépérissement des preuves de l'adultère, que dans le cas de l'art. 313 le mari aura à administrer, ainsi que de tous les faits propres à justifier, qu'il n'est pas le père de l'enfant?...

Est-ce assez de motifs, peut-on dire, pour donner au tuteur le pouvoir d'agir?

— Non, à notre avis, et nous n'hésitons pas, malgré ce qui précède, à adopter l'opinion de MM. Aubry et Rau. — Les motifs qu'ils donnent pour la négative de la question n'ont besoin que d'être approfondis.

Nous trouvons d'abord incontestable l'analogie puisée dans les deux derniers paragraphes de l'art. 316 : l'interdit, qui n'a conscience de rien, ne peut-il pas être assimilé à l'absent et à celui qu'une fraude ourdie avec adresse tient dans une ignorance complète? La suspension dans un cas légitime, la suspension dans l'autre, (l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, fournit à cet égard un argument bien puissant); — et alors, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, voici comment tous les droits seront exercés : si la main-levée de l'interdiction est prononcée avant sa mort, le mari sera tenu, à partir de cette main-levée, d'agir dans le délai préfix des deux paragraphes de l'art. 316, et s'il meurt auparavant ou dans les délais pour agir depuis sa prononciation, les héritiers seront recevables.

Il y a d'autant plus de raison d'admettre la suspension du délai, que voici le résultat auquel on est, sans cela,

nécessairement conduit : dans les cas de prescriptions courtes, qui préjudicient aux mineurs et interdits, la loi leur accorde un recours contre leur tuteur; mais dans le cas qui nous occupe, voici quelle sera la position du mari : la prescription n'étant pas suspendue, le tuteur *devrait* agir, sans quoi le droit serait perdu. On peut cependant prévoir que, par négligence ou collusion, il néglige d'intenter l'action et fasse par là encourir la déchéance. L'enfant à désavouer sera légitime par la force même des choses, et alors qu'on nous dise si le mari aura un recours contre son tuteur, sur quel texte on le basera et quel sera ce recours; qu'on nous dise surtout en quoi consistera la réparation du préjudice causé, comment seront appréciés les dommages-intérêts, et si des dommages, quels qu'ils soient, pourront jamais réparer le préjudice matériel et moral incalculable qu'aura causé au pupille la négligence du tuteur?...

Dira-t-on que le mari ou ses héritiers pourront encore, en ce cas, être reçus à agir après la main-levée ou la mort, malgré le silence du tuteur?... Mais qu'on y prenne garde : c'est la suspension qu'on consacre; seulement on donne à la *même personne* (le tuteur et le pupille *sunt una et eadem persona*) deux délais différents pour exercer à son gré la *même action* que l'on fait renaitre malgré une déchéance formelle. Bien plus, on fait dépendre la question de *puissance* d'exercer ce droit, de l'*usage* même qu'on en fait, et voici comment : le tuteur se tait, il y aurait, dit-on, suspension, soit : mais s'il agit, on conviendra sans doute que c'est sérieusement; sans cela, il n'y aurait pas de question; et alors il faudra bien reconnaître qu'une fois mis en

œuvre et consommé par le tuteur, le droit de désaveu ne pourra être ressuscité pour le mari ou ses héritiers. Or, voyez le résultat : de deux choses l'une : ou l'action du tuteur réussit, ou bien elle est rejetée : il y aura chose jugée dans les deux cas. Au premier, l'enfant est illégitime, et pourtant n'est-il pas permis de conjecturer que le mari, s'il eût eu son bon sens, se fût peut-être tu et aurait regardé cet enfant comme légitime ?.... Ne peut-on pas prévoir que le mari, revenant à santé, déclare que cet enfant lui appartient, qu'il le sait, lui.... Il demeurera néanmoins illégitime... Dans le second cas, l'enfant est assuré des bienfaits de la légitimité, et cela à toujours ; et cependant voilà que, parce qu'au besoin, par fraude, négligence, impéritie, la demande du mari n'aura pas été convenablement présentée, il se verra forcé, après son retour à la raison, de recevoir auprès de lui, comme son fils, celui qu'il sera certain ne pas lui appartenir !... Appliquez-vous alors l'art. 481 du code de procédure ?.... On le voit, dans ce système ce serait de l'usage du droit ou du résultat de cet usage, qu'on ferait dépendre l'existence même de ce droit.

Ce n'est donc pas une simple suspension du délai en faveur du tuteur qu'il faut admettre ; mais encore il faut prohiber au tuteur d'engager l'action.

Ceci nous conduit à dire un mot de la qualité de *pure personnelissime* attribuée par MM. Aubry et Rau au droit de désaveu.

D'abord, ce que nous venons de montrer d'exorbitant dans l'obligation où se trouve le mari d'accepter le résultat juridique de l'action intentée par le tuteur, malgré sa conviction contraire, suffirait pour confirmer ce caractère de l'action qui nous occupe.

Mais voyons de plus près : le droit de désaveu renferme une alternative : le mari parlera ou se taira ; il y a donc une option à faire entre ces deux partis. Or, qui est *naturellement* en position de la faire, sinon le mari ?... Elle passe aux héritiers, dit-on : mais en quel cas ? dans un seul : c'est lorsque le mari ne la leur a pas enlevée. Il n'est donc pas vrai de dire que, de sa nature, et parce qu'en telles circonstances données et exceptionnelles, dans l'intérêt de leur fortune surtout, les héritiers peuvent l'exercer, l'action en désaveu ne soit pas personnelle : le contraire est seul exact.

De plus, la conséquence de la réussite de l'action est une conviction d'adultère contre la femme. Or, à qui appartient la dénonciation, la poursuite de ce délit, sinon au mari seul ?

Sans doute, sous le rapport des intérêts matériels, il peut y avoir quelques inconvénients à refuser au tuteur le droit d'agir pendant l'interdiction ; mais c'est plus haut qu'il faut ici porter ses vues. L'intérêt moral des familles crie plus fort, et ces inconvénients ne balancent pas ceux de l'opinion contraire.

Le tuteur doit être repoussé.

Gustave BRESSOLLES,

Docteur en droit (suppl. prov.) de la faculté de Toulouse.

CHRONIQUE.

Nous donnons sous ce titre le Discours de rentrée de la Cour royale de Rennes, et l'extrait du procès-verbal de rentrée des Facultés, en ce qui concerne celle de Droit.

Discours prononcé, le 3 novembre 1841, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour royale de Rennes, par M. CHEGARAY, procureur général.

MESSIEURS,

LA loi, qui nous ordonne de prendre la parole dans cette solennité, veut que notre voix s'élève pour y rappeler les règles austères de nos devoirs communs, et aussi pour honorer la mémoire des magistrats récemment enlevés à l'ordre judiciaire, après s'être distingués *par leur savoir, par leurs talents, par de longs et utiles travaux, et par une incorruptible probité* (1).

Nous aurons rempli tout naturellement cette double obligation de notre ministère, en vous entretenant aujourd'hui de l'excellent citoyen, du magistrat éminent dont la Compagnie déplore la perte. Raconter la vie si pleine et si pure de M. le président Malherbe, c'est en effet lui donner le plus beau des éloges, et c'est en même temps offrir à ceux qui lui survivent, non plus de vaines leçons en de vaines paroles, mais de toutes les leçons la plus sérieuse, la plus frappante,

(1) Loi du 20 août 1810, art. 34.

une longue suite de bons exemples à méditer; de bonnes, de sages, de courageuses actions à imiter.

Joseph-Anne-Robert MALHERBE naquit à Rennes, le 20 octobre 1758, d'une famille honorable de la haute bourgeoisie. Son aïeul était avocat au Parlement; son père, avocat aussi, avait été de plus honoré des fonctions de commissaire des états de la province. Ni les soins éclairés, ni les saines traditions domestiques ne manquèrent à son enfance. Il termina de bonne heure de fortes études dans cette école de droit célèbre, qui devait donner Toullier à la science et qui s'honorait dès-lors de compter à la fois parmi ses professeurs, Duparc-Poullain atteignant la fin de sa carrière, et Lanjuinais dont la carrière commençait. Le 4 août 1777, à l'âge de dix-neuf ans, M. Malherbe fut reçu avocat au Parlement de Bretagne, et, malgré sa jeunesse, il ne tarda pas à conquérir une des premières positions de ce barreau, si riche cependant alors en jurisconsultes habiles, en éloquents orateurs. Une instruction solide, une logique précise, un jugement net, une droiture d'esprit qui paraissait en lui comme l'heureuse expression de la droiture du cœur, une élocution brillante et chaleureuse; telles furent les qualités qui, le distinguant entre ses nombreux et brillants émules, lui assurèrent en peu d'années une clientèle nombreuse et une considération aussi étendue que bien méritée.

Elevé plus tard aux honneurs de la représentation nationale, aux fonctions supérieures de la magistrature, il aimait à reporter ses souvenirs sur ces premières époques de sa carrière. Il s'honorait surtout d'avoir été comme avocat non pas seulement le défenseur dévoué de ses clients, mais aussi le premier juge de leurs causes. J'ai pu quelquefois, disait-il avec une naïveté noble et touchante, soutenir des thèses erronées ou peu fondées en droit rigoureux; je n'ai jamais plaidé de procès, qui ne parût à ma conscience, parfaitement conforme aux lois de la justice naturelle et de l'équité.

C'est au milieu des luttes paisibles de la profession d'avocat, ainsi comprise et exercée, que la révolution de 1789 vint surprendre M. Malherbe. Comme tous les cœurs généreux, comme tous les esprits éclairés, il en adopta les grands principes auxquels sa vie entière fut fidèle. Ami sincère de la liberté fondée sur le respect du droit, patriote ardemment dévoué à la gloire, au bonheur de son pays, il s'était associé aux espérances immenses qui s'attachaient aux œuvres de l'illustre Assemblée Constituante. Il crut de son devoir de s'associer aussi aux efforts que la législation nouvelle demandait à tous les bons citoyens, dont l'active coopération était nécessaire afin de réaliser par la pratique, tout ce que la théorie se flattait d'avoir conçu d'heureuses et fécondes innovations.

C'est dans cet ordre d'idées toutes patriotiques, toutes dévouées, que M. Malherbe consentit à quitter une position déjà faite, une position lucrative et paisible au barreau, pour recevoir de la confiance de ses concitoyens les modestes fonctions électives de substitut du procureur de la commune de Rennes. Les fonctions de procureur de la commune lui furent confiées bientôt après.

Il occupait dignement cette magistrature municipale, quand, le 10 février 1791, il fut appelé par une élection nouvelle aux fonctions de procureur-général syndic du département d'Ille-et-Vilaine.

Succédant à l'autorité qu'avaient exercée jusqu'alors les états provinciaux et les intendants des provinces, les administrations de département avaient à triompher d'obstacles peut-être insurmontables. L'assiette et la répartition d'impôts presque tous nouvellement créés, la gestion des propriétés publiques, la surveillance des établissements charitables, l'ouverture et l'entretien des routes, la direction des travaux d'utilité générale, l'emploi des gardes nationales, l'organisation et l'action de la police de salubrité et de la police de sûreté, faisaient partie des attributions que leur confiaient les lois de

1789 et 1790. Ces attributions, qui embrassaient l'administration tout entière, étaient immenses par elles-mêmes, et se compliquaient alors de ce que présente nécessairement d'embarras extraordinaires, la transition d'un régime aboli à un régime nouveau; elles se compliquaient encore des agitations inséparables d'une révolution par qui tant de positions étaient compromises, tant d'espérances excitées, tant de passions contraires mises en mouvement. Ce n'était pas tout: indépendantes par leur origine élective, les administrations de département étaient néanmoins subordonnées par la loi et la nature de leurs attributions à l'autorité du gouvernement central. Chargées de transmettre intermédiairement l'impulsion qu'elles devaient recevoir de lui, elles avaient à exercer à leur tour une action dirigeante sur des assemblées de district et des municipalités, électives aussi, et par là même indépendantes de fait, quoique légalement subordonnées. Et ces devoirs si multipliés, et ces rapports si complexes qui exigeaient à chaque heure, à chaque minute, ou de nettes décisions ou d'habiles tempéraments, mais toujours des solutions promptes, la loi en confiait l'exercice à un corps de trente membres, subdivisé en deux sections, et qui, par la nature même de son organisation, ne pouvait que discuter quand il fallait résoudre, et délibérer quand il fallait exécuter.

La loi n'accordait pas au procureur-général syndic le droit de participer aux délibérations de l'assemblée départementale, mais elle lui attribuait la faculté de prendre l'initiative, et lui confiait toutes les mesures d'exécution. Concentré dans une main unique, le droit d'initiative et d'exécution devait absorber tous les autres, s'il était habilement et sagement exercé. Le procureur-général syndic ramenait de fait, par sa double prérogative, une administration légalement trop complexe à l'unité qui doit être sa véritable essence; ce fonctionnaire devenait pour ainsi dire l'administration même, car administrer c'est surtout décider, diriger et agir.

Dans l'exercice de ces fonctions auxquelles les circonstances donnaient ainsi une importance bien plus grande que leur importance purement légale, M. Malherbe fit preuve d'une capacité vraiment supérieure et dont le souvenir est resté dans l'opinion de ses concitoyens, un de ses plus beaux titres à la reconnaissance publique.

Cette reconnaissance ne fut que justice. Dans ces conjonctures vraiment extraordinaires, il fallait à la fois étudier une législation nouvelle qui changeait et se modifiait chaque jour, veiller à l'exécution de lois à peine connues, maintenir l'harmonie entre les nombreuses assemblées déliantes qui représentaient les communes et les districts, les rattacher au pouvoir central par l'intermédiaire de l'administration du département; et cependant assurer les subsistances dans un temps de disette et de défiance, maintenir la paix publique dans un temps d'agitation et de trouble, protéger les personnes et les propriétés dans un temps de désorganisation, défendre l'ordre nouveau contre des résistances imprudentes ou coupables; et souvent aussi sauvegarder contre l'exaspération et l'entraînement des masses ceux qui étaient, à tort ou à raison, signalés à un peuple ignorant et soulevé comme les ennemis de ses droits, de sa sûreté, de sa liberté : telle était la tâche immense imposée au procureur-général syndic, et à l'accomplissement de laquelle M. Malherbe savait sacrifier son temps, son repos, sa sûreté personnelle, et, quand il le fallait, jusqu'à sa popularité.

Parmi les traits nombreux de dévouement qui honorent cette époque de sa carrière, nous citerons à la Cour deux actes de courage dont M. Malherbe avait d'autant plus droit de s'honorer qu'ils furent à la fois, de sa part, l'accomplissement d'un devoir périlleux et de signalés services rendus à l'humanité.

Les nombreuses révoltes militaires qui troublèrent les

années 1789 et 1790, le brusque changement de la plupart des officiers, l'effervescence politique qui avait fait pénétrer dans les rangs mêmes des soldats des idées mal comprises d'indépendance et d'égalité, étaient autant de causes puissantes qui avaient grandement affaibli les liens de cette discipline austère, sans laquelle une armée permanente compromet et menace tous les droits, tous les intérêts qu'elle est chargée de protéger. Tournant trop souvent contre leurs chefs les armes qui leur étaient confiées pour la défense des lois et du pays, les soldats poussaient quelquefois aussi jusqu'à des combats réguliers et sanglants des querelles de corps aussi futiles dans leur principe que dangereuses dans leur résultat. Une de ces vaines rivalités divisait deux régiments de la garnison de Rennes; après des altercations violentes et de nombreuses rencontres individuelles, il fut décidé que la querelle serait vidée par une lutte armée entre vingt-cinq hommes de chaque parti. Déjà les adversaires étaient en présence, déjà une lutte insensée qui aurait pu compromettre la cité tout entière allait commencer entre les soldats d'une même patrie, quand M. Malherbe, heureusement prévenu et suivi de quelques hommes dévoués, arrive au lieu du rendez-vous. Les fers étaient levés et se croisaient prêts à frapper; le courageux procureur-général, sans autre insigne et sans autre défense que son écharpe tricolore, s'élance sous cette voûte de sabres, et, de sa voix énergique, il reproche à ces hommes furieux de verser, pour de frivoles injures et pour une autre cause que celle de la patrie, un sang qui n'appartient qu'à elle. Son courage, son dévouement, l'émotion de sa voix produisent un effet peut-être inespéré; les combattants hésitent, les fers s'abaissent, et, grâce à l'heureuse intervention du magistrat pacificateur, les chefs des deux corps arrivent assez à temps pour empêcher des malheurs qui eussent pu être irréparables.

Dans l'autre circonstance que nous voulons rappeler, M.

Malherbe fit preuve et d'un courage personnel aussi grand, et d'un courage civil plus rare encore. — Un soir de 1792, le procureur-général syndic, exténué des fatigues d'une longue journée de travail, rentrait dans sa maison pour y chercher un repos nécessaire; on vient l'avertir que la populace s'est emparée d'un noble, signalé à sa fureur par cette qualité seule, et qu'elle l'entraîne sur une des places de la ville avec l'intention hautement annoncée de le sacrifier par une de ces exécutions sauvages qui ne déshonorèrent que trop souvent ces temps calamiteux. A cette nouvelle, Malherbe accourt au lieu du rassemblement; la malheureuse victime, traînée par ses bourreaux, était déjà placée sous la lanterne fatale. Emu, indigné de cet affreux spectacle, Malherbe parvient à faire entendre sa voix : il obtient un instant de silence; il parle de loi, d'humanité, il croit avoir exercé quelque empire sur ces esprits frénétiques; mais un horrible tumulte s'élève de nouveau : les démonstrations homicides recommencent, le malheureux objet de la fureur populaire va succomber sous les yeux du magistrat impuissant à le défendre, lorsque M. Malherbe, n'écoutant que son dévouement et son courage, tente encore un effort désespéré; il parvient, à force d'énergie, à fendre la foule; il pénètre jusqu'à la victime, et l'embrassant étroitement : Vous n'aurez sa vie qu'avec la mienne, s'écrie-t-il d'une voix retentissante; et s'il vous faut du sang, vous mêlerez au sien le sang de votre magistrat ! Une action si énergique et si belle ne pouvait manquer d'émouvoir la foule, où sans doute se trouvaient plus d'hommes égarés que de coupables. Malherbe profite avec habileté de cet heureux apaisement. « Braves citoyens, ajoute-t-il, ne soyez pas des » bourreaux, laissez-lui la vie sauve, et je vous promets » qu'il sortira aussitôt de la ville; que quelques-uns d'entre » vous amènent une voiture; j'y monterai avec lui, vous » nous accompagnerez jusqu'aux barrières, et vous serez » témoins de son départ ». La fureur populaire avait déjà

fait place à l'émotion, à la pitié, à la honte peut-être. Cette fois les paroles du procureur-général furent écoutées, la victime fut épargnée; et, grâce au courage, à la présence d'esprit d'un de ses dignes magistrats, la révolution eut à déplorer un grand crime et un grand malheur de moins.

Mais de plus grands crimes et de plus grands malheurs s'accomplissaient au siège même du gouvernement. Après le 21 janvier, et comme la sinistre conséquence de cette criminelle catastrophe, le 31 mai était venu consterner et indigner la France. La Convention dominée par une commune plus puissante par son audace que la représentation nationale ne l'était par son droit, la Convention s'était décimée elle-même; elle avait proscrit 73 de ses membres, illustres la plupart par de grands talents, de grandes vertus et un admirable courage. Au premier rang de ces glorieux proscrits figuraient deux députés bretons, Ker-velegan, représentant du Finistère, et Lanjuinais, représentant de la ville de Rennes. Les départements de l'ancienne Bretagne, justement émus de ces attentats, furent des premiers à donner le signal de la résistance envers la Convention mutilée de ses propres mains, opprimée par une audacieuse minorité, et désormais indigne de revendiquer pour elle-même l'inviolabilité qu'elle avait méconnue dans une partie de ses membres. L'administration d'Ille-et-Vilaine fut, dans l'ouest, le premier centre de cette lutte des départements contre les crimes des Jacobins et de la commune de Paris. Rapproché par ses opinions du parti de la Gironde, uni d'une intime amitié à cet illustre Lanjuinais qui, dans ces jours de proscriptions, avait montré le plus admirable courage uni à la plus admirable éloquence, Malherbe dut nécessairement prendre une part considérable à la résistance de l'administration dont il était le membre le plus influent et le plus actif. Le département, après avoir publiquement revendiqué la soli-

darité des actes de son député Lanjuinais, présenta, on le sait, à la Convention une éloquente et énergique adresse pour réclamer la liberté des représentants incarcérés. (1). Il alla plus loin; tous les autres départements furent invités par l'administration départementale d'Ille-et-Vilaine, à s'associer à la résistance entreprise à la fois à Caen, à Bordeaux, à Lyon, dans l'ouest; un bataillon d'Ille-et-Vilaine fut en même temps levé, organisé, envoyé à Caen, et les contributions publiques du département affectées à sa solde et à son entretien. Des actes si décisifs, si vigoureux étaient plus qu'il n'en fallait pour attirer sur le procureur-général syndic et ses collègues, les haines, les vengeances de la faction sanguinaire qui ne tarda pas à triompher.

On ne le sait que trop; après la déroute de Wimpfen et de Puisaye, après la chute du parti de la Gironde qui de Rennes avait transféré à Caen le centre de son action, Carrier fut envoyé dans l'ouest mais principalement à Nantes et à Rennes pour représenter les passions, exercer les fureurs, étendre les redoutables proscriptions des Jacobins victorieux.

Malherbe, par ses services, son courage, sa modération, ses vertus, devait être une des premières victimes dévouées à la colère de cet exécrationnel proconsul. Par un arrêté daté de Nantes, le 23 septembre 1793, et dont la date seule fait frémir, Carrier ordonna l'arrestation de Malherbe, de vingt-quatre autres citoyens des plus honorables qu'il dénomme dans cet arrêté, et ajoute-t-il, *de tous autres contre-révolutionnaires et fédéralistes* signalés par le comité de surveillance établi à Rennes. L'original de cet arrêté qui pour plusieurs de ceux qu'il concerne fut un arrêt de mort, a passé sous nos yeux. Le texte de ses trois longues pages, minutées en entier de la main de Carrier, démontre qu'elle importance extrême

(1) V. Moniteur du 11 juin 1793.

le proconsul attachait à l'arrestation de Malherbe et de ses co-accusés. L'exécution de cette mesure y est prescrite aux autorités constituées de Rennes sous leur responsabilité collective et individuelle *et sur leur tête; la tête du commandant de la force publique est aussi rendue responsable de l'arrestation*; Carrier déclare, en outre, *rebelles à l'autorité nationale et traitres à la patrie tous les individus qui pourraient mettre des entraves ou seulement du retard à l'exécution de son ordre*. Il invite tous les bons citoyens à *leur courir sus et à les mettre à mort*; et ce qui ne devait pas sembler moins terrible que ce luxe de précautions menaçantes, il ordonne que l'on amène devant lui, A NANTES, tous ceux dont il commande l'incarcération.

Mais, grâce au ciel, ce n'est pas sur Nantes que fut dirigé Malherbe; s'il quitta Rennes après son arrestation, ce ne fut pas pour tomber entre les mains de Carrier qui n'aurait pas épargné une telle victime. Une circonstance toute particulière, toute providentielle, et qui mérite d'être rappelée, le sauva. Dès que l'attitude prise à la suite du 31 mai par les administrateurs du département d'Ille-et-Vilaine, eut été connue de la Convention, Billaud Varennes avait obtenu un décret en date du 9 juin 1793, qui chargeait le comité de salut public d'instruire contre les administrateurs et le procureur-général syndic de ce département. Cette décision, qui aurait pu être si fatale à Malherbe, devint la cause de son salut. Le décret obtenu par Billaud Varennes était antérieur à l'acte proscripteur de Carrier; deux hommes dont le nom doit être cité avec estime et reconnaissance, car ils empêchèrent de grands maux, Leperdit maire de Rennes, et Desperies, secrétaire du conventionnel Esnue-Lavallée, se servirent heureusement de cette espèce de conflit entre les deux sanguinaires conventionnels, pour empêcher M. Malherbe et ses co-accusés d'être envoyés à Nantes et livrés à Carrier. Leperdit et Desperies soutinrent que des accusés dont l'af-

faire avait occupé la Convention nationale et le comité de salut public, ne pouvaient être justiciables d'un simple représentant, mais du seul tribunal révolutionnaire. Malgré la volonté de Carrier que d'autres crimes retenaient loin de Rennes, il fut donc décidé que les prisonniers seraient transférés à Paris. Des chances terribles les y attendaient encore, mais du moins un temps précieux était gagné.

Jeté dans les prisons du Luxembourg, M. Malherbe eut le bonheur d'y être long-temps oublié, et son tour de comparaître au tribunal sanglant de la terreur n'était pas arrivé encore, quand le 9 thermidor vint délivrer la France et briser ses fers.

Dans ces terribles épreuves, de grandes consolations ne lui avaient du moins pas été refusées; il les avait trouvées non seulement dans la force d'âme et la sérénité courageuse qui lui étaient naturelles, mais aussi dans le dévouement d'une épouse digne de lui, qui l'avait suivi à Paris, s'était établie aux portes de sa prison, et à force d'ingénieuse et persévérante sollicitude, était parvenue à donner à sa captivité tous les tristes adoucissements qu'elle pouvait comporter.

Revenu à Rennes après sa délivrance, M. Malherbe y trouva son modeste patrimoine saisi, ses meubles sous le séquestre (1), ses affaires domestiques dérangées d'ailleurs par cinq années de fonctions publiques presque entièrement gratuites, et par une captivité de plusieurs mois. Forcé de demander au travail le pain de sa jeune famille, et désireux peut-être de cacher dans quelque obscur emploi son existence

(1) L'arrêt de Carrier qui ordonnait ce séquestre, est comme l'ordre d'arrestation, du 23 septembre 1793; il s'appliquait non seulement aux biens de M. Malherbe, mais encore à ceux de quatorze autres proscrits, parmi lesquels, Defermon, Lanjuinais, Chapellier, Gilbert, ancien président, Jéhanne et Courné, anciens administrateurs du département, Duplessis-Grénédan, Trehu de Monthierry, Legraverend, Lemercier.

qui venait d'être si cruellement agitée, il accepta les fonctions modestes, subalternes même, de commis de correspondance dans l'administration des vivres de l'armée; se résignant ainsi par la considération de ses devoirs de père et d'époux à l'apparence d'un abaissement qui, pour une âme supérieure et dans de telles conjonctures, avait bien aussi sa grandeur.

La mise en activité de la constitution de l'an III et la nouvelle organisation de l'ordre judiciaire, lui rouvrirent bientôt la carrière du barreau. Le tribunal unique du département d'Ille-et-Vilaine devant lequel il dut alors militer, s'empressa de lui donner une marque flatteuse d'estime en lui confiant la défense d'office des militaires et marins absents, fonctions toutes gratuites que son désintéressement s'honora d'accepter. A la même époque, l'administration du département d'Ille-et-Vilaine l'appela à faire partie du jury auquel était confiée la surveillance de l'école centrale de Rennes; là encore il y avait du bien à faire et un noble désintéressement à montrer: M. Malherbe accepta aussi cette utile et modeste mission.

Le souvenir des services éminents que M. Malherbe avait rendus à ses concitoyens au milieu des plus orageuses conjonctures, et de la persécution qui seule jusqu'alors avait payé ces services, ne pouvait manquer d'attirer de nouveau l'attention du pays sur un homme d'ailleurs aussi distingué. Les élections de l'an VII envoyèrent M. Malherbe représenter le département d'Ille-et-Vilaine au Conseil des Cinq-Cents. Il y siégea jusqu'à la révolution du 18 brumaire, et se trouva alors appelé à faire partie du tribunal dont il fut membre depuis l'an VIII jusqu'à l'an XII, c'est-à-dire pendant la période la plus brillante et la plus féconde du consulat, et peut-être des annales entières de notre histoire.

La constitution de l'an VIII prodiguait au Sénat conservateur les plus importantes attributions politiques, mais elle lui refusait dans la publicité des séances le plus puissant moyen

d'influer sur l'opinion ; elle conférait au Corps Législatif le droit de voter ou de rejeter les lois, mais elle ne lui permettait pas de les discuter ; le Tribunal ne décidait point, ne votait point, mais il discutait publiquement les propositions soumises aux autres branches du Parlement consulaire ; et cette seule prérogative d'une tribune libre et publique lui donnait une influence assez grande pour contrebalancer, pour effacer presque, l'importance des deux corps rivaux. Une opposition politique ne tarda pas à se former dans le sein du Tribunal ainsi constitué ; plus redoutable par les talents que par le nombre de ceux qui la composaient, elle semblait préoccupée bien plus des dangers que faisaient courir à la liberté l'ambition et la gloire même du premier Consul, que de la nécessité frappante alors cependant d'organiser, par des institutions vigoureuses, un pays fatigué de révolutions. Malgré l'éclat, l'importance que donnaient à cette opposition des talents aussi réels, aussi brillants que ceux de Ginguéné, de Chénier, de Benjamin Constant, une majorité puissante s'associa par ses votes à la plupart des grandes mesures dont le gouvernement du premier Consul prenait l'initiative. M. Malherbe fit partie de cette majorité, qui nous paraît aujourd'hui avoir bien compris les intérêts et les besoins de la France, en résistant aux efforts d'une opposition brillante sans doute et consciencieuse, mais passionnée ou peu intelligente des nécessités de son temps. C'est ainsi que, par les lois de l'an VIII, de l'an X et de l'an XI, furent successivement créés et l'ordre judiciaire presque tel qu'il existe encore aujourd'hui, et l'institution des préfetures, qui, mettant l'unité à la place de l'anarchie des pouvoirs, réalisa le bienfait de la centralisation administrative, vainement essayé par la Constituante ; c'est ainsi que, par la grande loi du Concordat, la paix fut rendue à l'Eglise de France et le repos à tant de consciences criminellement ou follement troublées ; c'est ainsi que, dans un autre ordre d'intérêts et d'idées, la banque de France fut fon-

dée, l'ordre des avocats, le notariat, la profession d'avoué, les hautes écoles, l'exercice de la médecine réorganisés ou réglés ; ainsi enfin, fut instituée la Légion d'Honneur destinée à glorifier tous les mérites et à confondre dans une même et nationale récompense tous les services rendus à la patrie.

Certes, Messieurs, c'est un noble titre pour la mémoire d'un bon citoyen que d'avoir, en quelques années, contribué à doter la France d'un pareil nombre de lois ou d'institutions destinées à exercer une si décisive influence sur sa prospérité, sa gloire et le développement de ses plus hauts intérêts matériels et moraux. Honorons-en pour sa part le nom de M. Malherbe, honorons-le surtout d'avoir pu activement concourir à la plus grande œuvre de cette grande époque, à la confection de notre code civil.

Son mérite bientôt apprécié de ses collègues l'avait fait appeler, à deux reprises, dans les sessions de l'an X et de l'an XI, aux fonctions de secrétaire du Tribunal. Sa capacité supérieure comme jurisconsulte marquait en même temps sa place dans la section de législation devenue si importante au moment des travaux préparatoires du code civil, qui, vous le savez, ne s'élaborait pas seulement dans l'intérieur du Conseil d'Etat, mais aussi dans les conférences journalières des commissaires de ce corps et des commissaires du Tribunal. Après Tronchet, Portalis, Malleville et Bigot de Préameneu, premiers rédacteurs de cette œuvre immortelle ; après le consul Cambacérès et les conseillers d'état Regnier, Treilhard, Berlier, Réal, Emmercy, Boulay, Regnault de Saint-Jean-d'Angely, qui, sous l'influence supérieure et la direction puissante du premier consul, eurent ensuite la part principale à son élaboration, il serait injuste de méconnaître la part considérable encore qui en revint aux membres de la section de législation du Tribunal. C'est pour M. Malherbe un beau titre de gloire d'y avoir siégé comme le digne collègue des Faure, des Duveyrier, des Chabot de l'Allier, des

Gary, des Grenier, des Siméon, des Favard de Langlade. Ces hommes d'élite, presque tous demeurés ses amis dans les hautes positions qui leur furent plus tard dévolues, n'ont jamais hésité à reconnaître tout ce qu'ils trouvèrent de secours dans la collaboration éclairée, consciencieuse, infatigable, de l'éminent collègue que nous regrettons. Quant à lui, heureux et satisfait d'être utile, il ne cherchait pas, il semblait redouter au contraire l'éclat qui aurait pu si légitimement s'attacher à son travail. Une seule fois il consentit à être l'organe du Tribunal auprès du Corps Législatif, auquel il présenta le titre *du domicile*. Son discours, d'une simplicité austère, retrace avec une concision rapide mais complète les principes de la matière. Il la rattache habilement à la pensée dominante du code, en montrant tout ce que l'abolition des coutumes doit enlever de leur difficulté en même temps que de leur importance à ces questions de domicile qui jusqu'alors avaient tant de fois préjugé le fond du droit. M. Malherbe se montre, en un mot, dans ce travail remarquable, ce qu'il était en effet, jurisconsulte érudit à la fois et jurisconsulte pratique, penseur grave, écrivain correct et précis. Il s'en tint à cet essai remarquable; c'était assez pour sa modestie d'avoir, par un petit nombre de pages, constaté son concours aux travaux du code civil, et gravé, pour ainsi dire, son nom sur cet impérissable monument de nos lois.

Mais nous savons et nous devons proclamer avec ses contemporains, avec ses loyaux collègues, que sa part réelle y fut bien plus considérable que sa collaboration apparente. Aussi revendiquons-nous, pour cette Compagnie, l'honneur d'avoir compté long-temps parmi ses chefs, celui que ses collègues ne sauraient appeler avec trop d'orgueil : *un des auteurs du code civil des Français*.

Rendu à la vie privée par l'expiration de son mandat législatif, M. Malherbe, honoré de tant d'amitiés illustres et puissantes, recommandé par des services aussi incontestés

tables que distingués, aurait pu facilement atteindre aux plus hautes positions de la magistrature ou de l'administration; il ne conçut même pas la pensée de les rechercher, et revint simplement à Rennes pour y reprendre l'exercice de sa profession d'avocat. Mais l'état de ses services avait été placé par une main amie sous les yeux du premier Consul devenu Empereur, et M. Malherbe, qui ne sollicitait aucune grâce, aucune faveur, se trouva nommé Officier de la Légion d'Honneur et Chancelier de la 13.^e cohorte. Ainsi le nouvel Empereur justifiait sa prodigieuse élévation; car certes c'est faire un noble usage de la puissance souveraine, que se plaire à honorer d'une distinction spontanée l'homme de bien qui s'écarte lui-même, et qui, ne songeant ni à demander ni à recevoir une telle distinction, se borne seulement à la mériter.

Les fonctions de chancelier de la treizième cohorte attribuaient à M. Malherbe la surveillance de propriétés foncières considérables disséminées dans les départements de l'ouest, et qui devaient s'élever à 250,000 fr. de revenus. Une rétribution de deux pour cent ou de 5,000 fr. par an, était allouée au chancelier comme indemnité de cette gestion. Ne pouvant gérer par lui-même, il crut de son devoir d'abandonner en entier cette rétribution considérable à un préposé ambulant qu'il chargea de parcourir, sans cesse, les propriétés de la légion, afin d'en assurer, autant que possible, la conservation. Citer un pareil trait de désintéressement et de délicatesse, n'est-ce pas mieux encore que le louer?

Peu après son retour du Tribunal, M. Malherbe fut nommé membre du conseil de surveillance de la Faculté de droit de Rennes. Il saisit avec bonheur l'occasion de se rattacher, par cette fonction gratuite, à l'école dont il s'honorait d'être sorti et qui s'honorait de l'avoir formé. Il conserva ces fonctions jusqu'à leur suppression par la réorganisation universitaire de 1810.

En 1809, ses amis craignant que les fatigues du barreau devinssent dangereuses pour sa santé, demandèrent à son insu et obtinrent aisément pour lui une place de conseiller à la Cour d'appel. La Compagnie jouissait encore alors du privilège d'élire ses présidents de chambre. Cet honneur lui fut immédiatement conféré. C'est avec ce titre, et comme doyen des présidents qu'il se trouva peu après compris dans l'organisation de la Cour impériale.

Ici, Messieurs, commence pour M. Malherbe une ère nouvelle de services rendus à la justice et à son pays. Ai-je besoin de le dire à la Cour qui se sentait fière et heureuse de le compter parmi ses dignes chefs? En lui se réunissait la science du jurisconsulte, la pratique et la longue expérience de l'avocat consommé, et cette haute intelligence d'une législation à laquelle il lui avait été donné de concourir. Ces qualités si diverses et dont la réunion est si rare ne tardèrent pas à briller dans tout leur éclat. Quand l'âge et les infirmités placèrent le baron Desbois, chef de la Cour, dans l'impossibilité à-peu-près absolue de remplir ses fonctions, M. Malherbe fut presque constamment appelé à le remplacer. Il se trouva premier président de fait sans en avoir le titre, et ce n'est pas à nous d'apprendre à ses contemporains, à ses collègues, avec quelle supériorité il s'acquittait de ces hautes fonctions.

La voix publique et l'opinion de la Cour le désignaient unanimement comme le successeur du vénérable premier président Desbois, dont la retraite semblait devoir être prochaine, quand les événements de 1815 vinrent violemment briser l'inamovibilité constitutionnelle de tant de magistrats, et amenèrent ce qu'on nomma une réorganisation de la Cour.

M. Malherbe ne fut pas compris dans cette réorganisation. Ce souvenir dont nous ne chercherons pas à accroître l'amertume ne peut être fâcheux que pour la mémoire

des hommes qui enlevèrent momentanément à la Cour un tel collègue, aux justiciables un tel magistrat.

Quelle que fût l'ardeur des passions réactionnaires de l'époque, l'opinion s'émut de l'exclusion de M. Malherbe; il aurait pu, nous avons lieu de le croire, être promptement rendu à ses fonctions, si, dans une circonstance devenue historique, il avait consenti à s'abstenir d'un acte que lui demandait sa conscience. La célèbre consultation du barreau de Rennes, dans l'affaire du *Censeur Européen*, avait été présentée à son approbation; la souscrire c'était pour long-temps, pour toujours peut-être, se fermer un nouvel accès dans la magistrature : il le savait; mais la consultation était conforme à son opinion, il n'hésita pas à la signer.

Vers le même temps, l'ordre des avocats de Rennes s'honorait en choisissant pour son bâtonnier l'avocat émérite, l'ancien magistrat que la Cour devait tant regretter de ne plus voir à sa tête.

Après quatre années, cette déplorable exclusion vint enfin à cesser. Les idées violentes et exclusives ne prévalurent pas toujours, il faut avoir la justice de le dire, dans les conseils de la restauration. En 1819, sous le ministère de l'éloquent et illustre De Serre, M. Malherbe fut rendu à la magistrature; mais il ne put encore rentrer à la Cour qu'en qualité de simple conseiller. L'un des premiers actes du gouvernement de juillet fut de lui rendre, aux applaudissements de l'opinion publique, sa dignité de président.

C'est dans cette position qu'il nous a été donné de le connaître; affaibli mais non pas vaincu par l'âge et les infirmités; conservant dans un corps malade la force et l'intégrité de sa belle intelligence; simple, comme s'il n'eût jamais occupé les hautes positions qu'il traversa; bienveillant, comme s'il n'eût jamais souffert ni persécution, ni

injustice, arrivant enfin aux derniers moments de sa vie, si longue et si bien remplie, comme à la fin sereine d'une belle et pure journée.

Tant que son état le lui permit, nous l'avons vu se faire conduire ou porter au Palais, pour vaquer aux obligations de sa charge. Quand il sentit ses forces épuisées, il crut de son devoir d'offrir sa démission; les instances de ses collègues, celles de M. le Premier Président, dirons-nous aussi les nôtres, durent intervenir pour que la Cour ne fût pas prématurément dépouillée de l'honneur de compter un tel nom sur la liste de ses membres.

Sa fin a été calme et courageuse comme sa vie; comme sa vie elle a été religieuse. La foi chrétienne qui l'avait soutenu dans les grandes épreuves de sa carrière, adoucît encore ses derniers moments : nous le proclamons ici, et pour en honorer sa mémoire et pour satisfaire à l'un de ses derniers vœux; car ce n'était pas assez pour lui de rester fidèle à la foi de ses pères; il tenait à la confesser hautement en présence de l'indifférence et du scepticisme de ce temps.

Pour la Compagnie, pour le barreau, pour la cité tout entière, sa perte fut un deuil public, et nous osons dire que jamais, funérailles ne furent environnées d'un concours plus unanime, d'un respect plus religieux.

Nous aurions voulu pouvoir honorer dignement sa mémoire; mais loin de nous la pensée que ces fugitives paroles y puissent suffire. Un jour, nous l'espérons, un souvenir plus durable s'élèvera de lui dans cette enceinte. Un acte législatif, empreint de ce caractère de simplicité grandiose que le génie de l'Empereur savait attacher à ses conceptions, dispose que les portraits des magistrats des cours de justice morts dans l'exercice de leurs fonctions, après s'être distingués par un profond savoir, par une pratique constante des vertus de leur état, et par des actes

notables de courage et de dévouement, pourront, après trois ans, être placés dans une des salles d'audience, en vertu d'une ordonnance spéciale du Roi (1). Cet insigne honneur nous semble, quant à nous, pouvoir être réservé à M. Malherbe; il lui sera certainement décerné si, lorsqu'il en sera temps, la Compagnie croit devoir le réclamer de la justice éclairée du Roi. Certes, cette image vénérable sera dignement placée dans le temple de la justice et des lois, pour perpétuer parmi nos neveux la mémoire de l'Avocat éloquent et désintéressé, de l'Administrateur habile et courageux, du Député laborieux et intègre, du Magistrat dévoué; et ce qui dit tout en un mot, de l'homme pur, qui a pu s'enrichir et qui a vécu pauvre; du sage, qui pouvant s'élever aux plus hauts emplois, a su régler lui-même son ambition modeste, et se contenter avec la supériorité du mérite d'une honorable médiocrité de position.

La perte de M. le président Malherbe n'est pas la seule que nous ayons eue à déplorer pendant l'année judiciaire qui vient de s'écouler. M. le président BOULLAIRE DE LA VILLEMOSAN a terminé presque en même temps que son collègue une carrière honorable et dignement remplie.

Né en 1762, il avait dès sa jeunesse appartenu à l'ordre judiciaire; il était à vingt-trois ans pourvu de la charge de procureur fiscal de la principauté de Lamballe; la révolution qui enveloppa cette charge dans la destruction des justices seigneuriales, ne put enlever du moins à M. De la Villemoisian la confiance et l'estime de ses anciens justiciables, qui le nommèrent, par des élections successives, administrateur de district, administrateur du département des Côtes-du-Nord et juge de paix du canton de Lamballe. Devenu plus tard commissaire du pouvoir exécutif près de l'ad-

(1) Décret du 6 juillet 1810, art. 78.

ministration centrale des Côtes-du-Nord, il fut compris en 1800 comme juge dans la première organisation du tribunal d'appel de Rennes, et ne cessa pas depuis lors de faire partie de la Cour. Il était un de ses plus anciens conseillers quand la révolution de 1830, rendant justice à ses longs services, à la modération constante de ses opinions, à la parfaite intégrité de son caractère, l'éleva au titre de président de chambre. La Cour et les justiciables ont pu apprécier le zèle et la capacité qu'il n'a cessé de déployer dans ces fonctions. En 1839, sentant ses forces s'affaiblir, il crut, par un scrupule, que nous ne saurions trop honorer, devoir résigner volontairement; il reçut alors le titre de président honoraire; ses derniers jours se sont écoulés dans une retraite digne et paisible. Il a passé, emportant lui aussi, l'estime et les regrets de ses collègues, et de ses concitoyens.

Un ancien membre de la Cour, qui avait laissé au Parquet et parmi vous, Messieurs, les souvenirs les plus honorables, M. DELECLUZE, devenu président du tribunal de Quimper, a été ravi presque en même temps et jeune encore, à sa famille, à ses justiciables, à la Compagnie considérable dont il avait l'honneur de diriger les travaux. Cette année si pleine de deuils pour la magistrature du ressort, a enlevé aux tribunaux de première instance deux autres de leurs estimables membres, M. BOCHER, juge à Morlaix, et M. POURIAL, juge au siège de Vitré. Nous avons pu personnellement apprécier, dans une conjoncture importante, le dévouement et la capacité de ce dernier magistrat.

Nous n'aurions pas rempli dans son entier le funèbre devoir que nous accomplissons, si nous ne consacrons, en terminant, quelques paroles d'un pieux souvenir à la mémoire de deux juges de paix, décédés il y a peu de mois, et qui, dans des positions diverses, se sont montrés l'un et l'autre dignes d'être proposés comme exemples à tous les magistrats

dévoués à ces modestes, mais si honorables et si belles fonctions.

M. BROUSTAIL, juge de paix du canton rural de Taulé, arrondissement de Morlaix, et l'un des plus anciens juges de paix du ressort, est décédé le 20 juin dernier, à l'âge de soixante-quinze ans, après trente-deux années d'exercice. Dévoué tout entier à des devoirs dont il avait une admirable intelligence, cet homme de bien était parvenu à force de soins, de patience, d'efforts et de sagesse à prendre sur ses justiciables une influence tellement heureuse qu'il ne se pré-sentait presque plus à lui de contestations qu'il ne parvint à concilier. Les chefs du tribunal de Morlaix, justement frappés de son rare mérite et de ses remarquables succès, avaient cru devoir demander d'office, pour ce modèle des juges de paix de campagne, la croix de chevalier de la Légion-d'Honneur, quand la mort est venue l'enlever à l'affection, au respect de ses justiciables, et à la juste considération des magistrats supérieurs.

C'est le même jour, 20 juin, mais à l'âge de quarante ans à peine, que M. Jean-Marie CAROU, l'un des juges de paix de Nantes, a succombé à des infirmités précoces et aussi à l'ex-cès d'un travail supérieur à ses forces physiques épuisées. Successivement avoué à la Cour, procureur du roi à Pontivy, juge à Montelimart, puis à Saint-Brieuc, puis juge de paix à Nantes, M. Carou avait cherché partout une santé qui le fuyait sans cesse; mais partout aussi il s'était fait remarquer par une instruction solide, une capacité réelle; un amour du devoir, un désintéressement au-dessus de tout éloge; une simplicité de vertu, une droiture de cœur au-dessus de tout respect. Ses deux traités des actions possessoires et de la juridiction civile des juges de paix, montrent assez quelle étude sérieuse il avait faite de tous les devoirs de sa magistrature; à quels efforts le plus souvent heureux, il s'était livré pour

prévoir et résoudre les plus délicates, les plus difficiles des questions qu'un juge de paix puisse avoir à décider. Ni ses études théoriques, ni les souffrances auxquelles il a succombé ne le détournèrent cependant de ses devoirs, quelque laborieuse qu'en fût la pratique. A voir comme il les accomplissait, il était difficile de ne pas regretter qu'un tel magistrat ne fût pas investi de fonctions, nous ne dirons pas plus importantes, mais au moins plus élevées. Les nobles qualités de son cœur lui avaient valu des amitiés nombreuses qui, fidèles à sa mémoire, ont honoré publiquement sa tombe de plus d'un hommage touchant et mérité.

MESSIEURS LES AVOCATS, en rendant, au nom de la magistrature, un dernier hommage aux talents, aux belles actions, aux vertus de M. le président Malherbe, nous célébrions tout-à-l'heure un nom que votre ordre revendique aussi comme une de ses gloires. Sorti de votre sein pour s'élever aux honneurs de la haute administration, de la représentation nationale, de l'ordre judiciaire, il retourna trois fois parmi vous; et le barreau, dont il devint le bâtonnier quand il cessa de présider la Cour, lui offrit à trois reprises un sûr et honorable asile contre les orages de la vie politique, la violence des partis, l'ingratitude passagère du pouvoir. Soyez justement fiers de tels souvenirs; mais aussi que le désintéressement, l'austère probité, l'abnégation courageuse de cet homme de bien reste une des traditions de votre ordre, dont il contribua pour sa part à accroître l'antique considération. Que les plus jeunes d'entre vous l'imitent, quand il n'est plus, comme leurs anciens l'honorèrent pendant sa vie. Attachez-vous à perpétuer de tels modèles, et vous ne cesserez pas de rendre précieuse la confraternité que le président Malherbe se plut à regarder comme un de ses titres les plus flatteurs et les plus doux.

C'est aussi d'un des vôtres que nous parlions tout-à-l'heure,

Messieurs les avoués, en regrettant la fin prématurée de M. Carou, qui fut votre confrère avant d'être magistrat. Les souvenirs qu'il a laissés parmi vous, vous honorent autant que lui-même; car, nous aimons à le dire, ni son mérite, ni sa rare intégrité, ne se trouvèrent isolés dans votre Compagnie. Continuez à marcher dans ces voies excellentes, et nous serons heureux de continuer à citer les avoués de la Cour comme de dignes modèles, à tous les officiers ministériels du ressort.

Nous requérons POUR LE ROI qu'il plaise à la Cour admettre, suivant l'usage, MM. les avocats présents à sa barre à renouveler leur serment.

EXTRAIT

du compte-rendu de la séance annuelle de rentrée des Facultés de l'académie de Rennes (1).

La séance solennelle de rentrée des Facultés, et la distribution des médailles et des prix décernés à MM. les étudiants en droit et en médecine, ont eu lieu, le lundi 8 novembre, à deux heures, dans la grande salle de l'Hôtel-de-Ville. Cette solennité était présidée par M. le recteur de l'académie, ayant à sa droite M. le maire, représentant les intérêts municipaux si intimement unis désormais à ceux de l'Université.

MM. les inspecteurs de l'académie, MM. les doyens des facultés et M. le directeur de l'école de médecine, réorganisée sur de nouvelles bases par l'ordonnance du 13 octobre 1840, siégeaient au bureau.

Le conseil académique, les facultés de droit, des sciences, des lettres et l'école de médecine, s'étaient réunis en grand costume, pour cette solennité, à laquelle assistaient MM. les membres du collège royal, également en costume, et MM. les fonctionnaires de l'instruction primaire.

(1) Les facultés de Rennes ont publié ce compte-rendu comme l'année dernière, et l'ont adressé aux autres facultés de France.

M. le lieutenant-général commandant la 13.^e division militaire, M. le premier président de la cour royale, M. le préfet, M.^{sr} l'évêque de Rennes, M. le procureur-général, MM. les maréchaux-de-camp commandant le département et l'école d'artillerie, MM. les adjoints en uniforme, MM. les membres du conseil municipal, un grand nombre de magistrats, d'officiers supérieurs, plusieurs membres du clergé et des diverses administrations publiques, témoignaient, par leur présence, du vif intérêt qu'ils attachent aux travaux des facultés.

Une foule considérable se pressait dans la salle dont la vaste enceinte s'est trouvée insuffisante. MM. les étudiants y étaient nombreux.

Après le discours d'ouverture, prononcé par M. le recteur, M. Richelot, nouveau doyen de la faculté de droit, a donné lecture du rapport suivant :

Messieurs,

Le rapport que j'eus l'honneur de présenter, l'an dernier, signalait plus d'un progrès dans l'école de droit de Rennes. Je suis heureux d'annoncer que nous avons continué d'obtenir des améliorations.

Le nombre des étudiants s'accroît : 777 inscriptions ont, dans les quatre trimestres de novembre 1840, janvier, avril et juillet 1841, été portées sur nos registres. Elles dépassent ainsi de 37 celles de l'année précédente, et nous ne doutons pas que ce chiffre ne devienne encore plus considérable dès qu'on aura bien apprécié l'immense avantage de trouver réunies dans notre cité, comme centre de la Bretagne, toutes les branches de l'enseignement supérieur que peut désirer une famille entière.

Malgré ce qu'ont de peu attrayant des essais, lorsqu'il s'agit d'études nouvelles, les débuts de la première année ont promptement manifesté des dispositions studieuses. Nous n'avons pas tardé à obtenir du plus grand nombre des élèves cette attention soutenue, si nécessaire, et qui devrait se montrer dès les premiers jours : c'est un progrès

remarquable à constater, ainsi que le soin qui a présidé à la plupart des rédactions écrites, résumant les leçons du professeur. Espérons que désormais les mêmes dispositions se reproduiront toujours !

La force des études, il faut l'avouer franchement, n'a pas constamment offert une progression aussi marquée : parmi les 280 examens et thèses, subis depuis le mois de novembre 1840 jusqu'au 23 août 1841, plusieurs épreuves se sont montrées peu satisfaisantes. Souvent le scrutin a donné des boules rouges. Nous avons même prononcé des *refus*, tout en regrettant de ne pouvoir encore, comme on nous l'a fait espérer, y substituer, selon les circonstances, un simple *ajournement* moins sévère.

Pour constater à cet égard la fermeté dont, au besoin, sait user la faculté de Rennes, nous rappellerons qu'elle a rejeté, il y a quelques mois, une thèse de docteur, malgré la capacité connue du candidat, parce que cette thèse, d'un laconisme outré, contenait d'ailleurs des propositions erronées, que la discussion fut loin de rectifier.

Mais, nous devons aussi nous empresser de le dire, la plupart des étudiants ont, dans les examens, répondu à notre attente ; et, plus que jamais, les thèses, en général développées comme nous le désirons, ont offert des améliorations notables. La faculté cite avec éloges, entr'autres, celles de MM. Henri Carron, Jégou, Caillé, Goulouand, Riou du Cosquer, Dodard, Gaudin, Collet de la Lande et Ramé.

Long-temps les travaux de nos élèves furent bornés à ces épreuves. Un concours, institué récemment, en provoque d'autres, et stimule le zèle par des récompenses. Nous proclamerons bientôt ses résultats, pour cette année, dans un rapport spécial.

Indépendamment des études ordinaires, un exercice dont

l'école de droit et le barreau de Paris ont donné l'exemple, amène des réunions que nous ne saurions trop encourager.

Dans ces réunions studieuses sont fictivement organisés tous les éléments d'un véritable débat judiciaire : là, chacun remplit à son tour, en présence de ses condisciples ou confrères, les fonctions soit d'avocat plaidant, soit de juge. On y trouve, aussi, représenté le ministère public.

Au surplus, pour faire mieux connaître l'importance de ces exercices, j'emprunterai le passage suivant à un discours que prononça, jeune encore, M. Bonnet, depuis avocat célèbre de la capitale :

« Quelquefois, disait-il, on donne à ces conférences l'apparence même d'un tribunal où, sous des noms supposés, et à l'aide d'une cause feinte, deux jeunes défenseurs viennent, dans les formes mêmes de l'audience, et avec le ton qui lui convient, s'exercer à la partie la plus importante de l'éloquence, l'action. C'est là qu'on perd cette timidité qui altère souvent les meilleures choses, et étouffe les plus beaux mouvements; cette gêne et cette contrainte, ennemies nées du naturel et des grâces; là des critiques familières et réciproques inquiètent à chacun la partie faible de son talent, ou les défauts qui l'obscurcissent, et lui épargnent les leçons données par un public mécontent; leçons terribles qui ne se manifestent que par des revers, et ne corrigent que par des chûtes. C'est là qu'on oublie les fictions dont on est environné, pour se livrer avec ardeur à un exercice après lequel on aspire. C'est là, enfin, que chacun peut traiter à son gré les plus grandes causes ou les plus petites, des questions de droit ou de fait, ou de procédure; s'instruire à adapter à chaque sujet des mots ou des discours convenables; prendre une expérience anticipée des mouvements de l'audience, et souvent apprendre quel est le genre de son talent ».

Sur la demande des élèves, nous nous sommes empressés d'accueillir le vœu que formait en même temps M. Bonnet : chaque membre de la faculté assiste successivement aux réunions, et donne des conseils toujours reçus avec reconnaissance.

Maintenant, j'ai, Messieurs, à vous entretenir de travaux bien autrement graves, réclamant un grand intérêt, puisqu'il s'agit de mes collègues; travaux qui doivent bien plus fixer votre attention que les essais auxquels M. le recteur de l'académie, entraîné par l'amitié dont il m'honore, accorde trop de valeur.

On connaît cette Histoire du droit français, si justement admirée, qui a valu à M. Laferrière les suffrages de l'Académie, et l'appelait, par suite, à partager un prix déjà célèbre, si la division de ce prix n'eût pas semblé contraire aux intentions du fondateur. Depuis que notre faculté jouit de l'immense avantage de le posséder parmi ses membres, un second ouvrage, offrant les éléments du *droit public et administratif*, est venu attester le zèle infatigable du même auteur. Deux éditions presque instantanées parlent plus haut que tout éloge, et prouvent combien est également senti le mérite de cette nouvelle production.

Non moins remarquable, un traité approfondi, spécialement relatif au contrat de *commission*, qui forme l'une des matières les plus difficiles du droit commercial, révèle les importants travaux auxquels s'est consacré un autre de nos collègues, M. Le Poitvin. Toutes les graves questions que soulève cette matière épineuse y sont discutées avec une profondeur qui place ce livre au nombre des traités vraiment dignes des méditations du jurisconsulte.

Nous devons vous apprendre aussi, Messieurs, qu'un autre genre de travail a long-temps occupé la faculté entière : il s'agissait des améliorations que réclament le régime hypothécaire et les transmissions de propriété. Ce travail,

demandé par M. le ministre de l'instruction publique, au nom de M. le garde-des-sceaux, n'a reçu aucune publicité. Il nous a paru convenable de laisser à eux seuls le soin de l'apprécier. Je n'en parle donc ici que pour dire avec quel empressement a été par nous accueillie la demande d'une coopération à laquelle on n'avait point appelé, jusqu'à ce jour, les facultés de droit, et pour déclarer que de tels travaux ne verront jamais défaillir notre zèle !

Jusqu'à présent, Messieurs, je vous ai entretenus des faits accomplis. Il était dans ma pensée de jeter ensuite les yeux sur l'avenir, dans le but de prouver combien d'espérances attendent l'intéressante jeunesse que réunit cette enceinte.

Mais les paroles éloquentes que vous venez d'entendre rendent ce soin superflu. Vous n'oublierez point, MM. les étudiants, j'en ai la confiance, des conseils dont la sagesse vous est si bien démontrée. Moins que partout ailleurs, il vous serait permis de ne pas comprendre de pareilles vérités, dans cette Bretagne que notre célèbre maître, M. Toullier, n'eût pas tant illustrée peut-être, si, jurisconsulte, il ne se fût montré de plus philosophe et littérateur !.... Heureux ceux d'entre vous qui sentiront vivement tout le prix de l'éducation perfectionnée à laquelle on les convie : elle forme le plus précieux des biens, aujourd'hui que l'égalité de droits, justement proclamée par la loi, comme seule en harmonie avec les mœurs de notre époque, ne laisse d'autre distinction sérieuse à ambitionner que celle du mérite !

Je n'ajouterai pas que l'empressement à suivre les cours des autres facultés produira plus d'un fruit : vous comprenez que nous ne saurions manquer de prendre en grande considération cette nouvelle preuve de vos dispositions studieuses.

Jeunes élèves,

Nous venons de vous recommander les études qui développeront votre esprit et en feront l'ornement. Sachez bien, toutefois, que les avantages acquis par ces travaux ne sauraient suffire, si vous n'y joignez les qualités du cœur. Qu'on vante, plus tard, l'éloquence de votre langage, vos connaissances profondes, l'excellence de votre jugement, nous applaudirons à ces succès ; mais, n'oubliez jamais que la loyauté, je dirai même une extrême délicatesse, sont encore plus indispensables !

Déjà je vous ai, ailleurs, cité ces belles paroles d'un membre distingué de l'Assemblée constituante :

« L'avocat est un homme de bien, capable de conseiller » et défendre ses concitoyens. Caton définissait l'orateur » un homme de bien qui sait parler, *vir probus dicendi* » *peritus*. J'ajoute au talent de parler celui de conseiller. » En même temps que l'avocat parle et écrit comme un » orateur, je veux qu'il pense et raisonne comme un » jurisconsulte. Mais j'établis ma définition sur la même base » que Caton : *la qualité d'homme de bien en est toujours la* » *première partie*. L'importance des affaires dont on dépose » le secret entre les mains de l'avocat, la confiance qu'il » lui est nécessaire de mériter ; la certitude qu'il doit inspirer qu'en s'adressant à lui on sera toujours fidèlement » conseillé, jamais trompé, encore moins trahi, exigent » qu'il joigne les qualités du cœur à celles de l'esprit. » Une probité scrupuleuse, une décence toujours soutenue, » parce qu'elle n'est que la conséquence des principes » fondément imprimés dans l'âme, sont ici des qualités » essentielles ».

Soyez donc hommes de bien, Messieurs, en même temps que citoyens distingués par les qualités éminentes qu'auront développées tant de moyens d'instruction.

Quelle que soit ensuite votre carrière, cet heureux assemblage deviendra pour vous la plus sûre garantie d'un brillant avenir. Que vous exerciez les fonctions si belles de la magistrature ou demeuriez réservés pour les nobles luttres du barreau; que vos talents vous appellent même jusqu'à la tribune nationale, ou que vous préféreriez les fonctions plus calmes du professorat, ce seront toujours les qualités du cœur, non moins que celles de l'esprit, qui vous recommanderont à l'estime publique; elles seules vous donneront une renommée pure. Les unes sans les autres ne vous concilieraient point un assentiment général, si vous obteniez quelque jour cette décoration glorieuse qui récemment est devenue, pour l'un de nos collègues, la récompense méritée des travaux dont j'ai rendu compte.

Enfin, ce n'est qu'à ces qualités réunies qu'est réservé un autre honneur, celui d'inspirer des écrits, et d'en recevoir publiquement l'hommage. Il s'adressera rarement à d'autres qu'à des hommes vertueux. Permettez-moi de citer à cette occasion l'exemple que vient d'offrir, au-delà des mers, un écrivain anglais dont l'œuvre est dédiée à *M. Fatar*, doyen de la faculté de droit de Rennes, et à *M. Lesbaupin*, ancien professeur de droit romain, ce jurisconsulte vénérable que notre barreau, chaque année, place à sa tête par d'unanimes acclamations!

J'ai terminé, Messieurs; nous en avons dit assez pour exciter votre émulation, pour enflammer votre zèle. Empressez-vous donc autour des professeurs chargés de vous guider; mettez à profit leurs leçons, fruit de longues veilles. N'omettez aucune de ces études variées dont plusieurs seront un délassement par le charme qu'on saura leur prêter. Bientôt les résultats brillants de vos efforts viendront nous honorer tous : alors, pour faire votre éloge comme le nôtre, il suffira de vous décorer du titre d'élèves de cette académie, plus d'une fois qualifiée d'*Université bretonne*!

MM. les doyens des deux autres facultés et M. le directeur de l'école de médecine ont ensuite fait leurs rapports, et la parole a de nouveau été donnée à M. Richelot pour rendre compte du concours entre les élèves de sa faculté.

Messieurs,

Un double concours, on le sait, est institué dans chaque faculté de droit.

1.^o Les aspirants au doctorat, et docteurs reçus depuis moins d'une année, sont appelés à présenter une dissertation approfondie, sur le sujet que la faculté publie huit mois auparavant.

L'importance de ces essais ne saurait être révoquée en doute; ils peuvent révéler tout un avenir! Cependant aucune dissertation ne nous a été présentée cette année. Comment expliquer un silence si regrettable? Pourquoi n'a-t-on pas, cette fois, répondu à notre appel? Nous croyons le savoir et devons le dire :

Parvenu à la licence en droit, un jeune homme s'occupe aussitôt de la carrière future qui décidera de sa destinée. Cet avenir concentre dès-lors toutes ses pensées, devient l'unique but de tous ses efforts. C'est dans cette situation que huit mois seraient consacrés à un travail *entièrement spécial*, venant ainsi faire diversion, et suspendre les travaux ordinaires.

Quelque belle que soit la valeur morale d'une médaille d'or constatant un triomphe, l'espoir de l'obtenir, en présence de la possibilité d'un échec, aura fait naître beaucoup d'hésitations.

D'autres récompenses eussent pu les vaincre; mais, malheureusement, on s'est persuadé que des promesses solennelles étaient oubliées!.... M. le garde-des-sceaux, a-t-on dit, avait déclaré que le titre de lauréat serait pris en

grande considération dans les promotions judiciaires, et cependant celui qui mérita, l'an dernier, la médaille d'or décernée par notre faculté, demeure encore dans l'attente ! De là des découragements....

Ils ne sont pas fondés : nous en avons reçu tout récemment une nouvelle assurance. Des circonstances impérieuses ont seules suspendu l'effet de promesses que l'on ne verra point déçues. Nous croyons pouvoir espérer qu'une époque peu éloignée donnera entrée dans la magistrature au lauréat distingué qui justifiera si bien ce choix.

Que bientôt de nombreux concurrents viennent donc à leur tour se présenter dans la lice et conquérir, pour la rentrée prochaine, les deux médailles d'or qu'il nous est permis d'accorder !

2.^o Un autre concours a continué d'être ouvert entre les étudiants de troisième année. Ils y sont venus peu nombreux ; mais nous sommes informés que des raisons particulières, expliquées d'avance à leurs professeurs, ont forcé de quitter inopinément notre ville, avant l'époque assignée à ce concours, plusieurs de ceux auxquels des études brillantes permettaient d'espérer un succès.

En droit romain, il s'agissait de « l'application de la » maxime *res perit domino*, en matière de vente ³. Cette matière a, en général, été traitée aussi convenablement que le comportait le court espace de six heures ; cependant quelques imperfections se sont laissées apercevoir : plusieurs étaient assez légères.

Les compositions en droit français avaient pour objet « les effets de la prescription en matière de servitudes de » *vue* ». Contre notre attente, elles ont été moins satisfaisantes que les autres. Nous avons jugé, toutefois, que ce travail méritait suffisamment des prix et mentions honorables.

Tel est, Messieurs, le résultat du concours pour cette

année. Nous allons maintenant proclamer les récompenses décernées et nommer les lauréats, ainsi que ceux des concurrents auxquels des mentions honorables sont accordées par la faculté.

DRIT ROMAIN.

Premier prix. — Une médaille d'argent et les *Œuvres complètes de M. Toulhier*. — M. HARDY DE LA LARGÈRE.

Second prix. — Une médaille de bronze, avec la meilleure édition du *Corpus juris civilis*, et les *Œuvres complètes de Domat*. — M. GAUDICHE.

Première mention honorable. — M. GUYOT DE SALINS (Christophe).

Seconde mention honorable. — M. LAIGNEL.

DRIT FRANÇAIS.

Premier prix. — Une médaille d'argent et les *Œuvres complètes de Pothier*. — M. RAMÉ.

Second prix. — Une médaille de bronze et les *Œuvres du chancelier d'Aguesseau*. — M. LAIGNEL.

Première mention honorable. — M. GAUDICHE.

Seconde mention honorable. — M. GUYOT DE SALINS (Christophe).

La séance s'est terminée par la distribution des médailles et des prix.

Concours de 1842 pour le prix de doctorat en droit.

La faculté de droit de Rennes vient d'annoncer par un avis semblable à celui de l'année dernière, inséré dans cette revue, tome 2, p. 112, le concours ouvert pour 1842, entre les aspirants au doctorat et les docteurs reçus dans cette faculté depuis le 1.^{er} janvier 1841.

Le sujet du concours est celui-ci :

De l'imputation et de la réduction en matière d'avancements d'hoirie et autres donations.

ANNONCES.

Principes du droit civil français suivant la législation actuelle, par H. RICHELOT, doyen de la faculté de droit de Rennes. 1.^{re} livraison. — 3 ou 6 volumes publiés en trois livraisons chacun. 7 fr. 50 c. le volume.

Nous regrettons vivement de ne pouvoir encore faire connaître cet ouvrage que tant de titres recommandent à l'attention et à l'intérêt des juristes. Elève de Toullier, l'auteur a vécu dans l'intimité de l'illustre maître sous l'inspiration duquel il écrit aujourd'hui. Toullier eût voulu résumer son ouvrage; mais le temps lui manqua. Encouragé par lui, M. Richelot essaie, comme il le dit avec trop de modestie, ce résumé du droit civil français. Sans prétention, il le présente comme un simple *breviaire* destiné à prendre place entre les traités approfondis et les abrégés élémentaires. De là, nous devons conclure que la devise de M. Richelot sera d'exprimer beaucoup de choses en peu de mots, c'est-à-dire de réduire la science à ses plus simples formules, sans sacrifier plus l'analyse à la synthèse que la synthèse à l'analyse. L'ouvrage conçu et exécuté sur ce plan satisfera à l'un des premiers besoins d'un siècle de codification, et l'heureuse distribution à laquelle M. Richelot a su le soumettre, le rendra également convenable et utile aux écoles et au barreau. Nous en rendrons compte lorsque la publication en sera plus avancée.

Commentaire théorique et pratique sur les ventes judiciaires de biens immeubles d'après le code de procédure et la loi du 2 juin 1841, contenant des tableaux de chaque procédure; par EUG. PAIGNON, avocat-avoué au tribunal d'Angoulême, 2 liv. in-8.^o, 6 fr. (Paris, chez Cotillon).

La Revue reviendra sur ce commentaire, parce qu'il appartient à la théorie du droit et ne peut être confondu avec cette foule de compilations qui obscurcissent la loi au lieu de l'expliquer et dont le lourd bagage est devenu aujourd'hui le fléau de la science. M. Paignon a fait son livre pour les praticiens: le succès qu'il a obtenu parmi eux le prouve; mais l'élévation de ses idées, sa docte exposition des grands principes du droit, la fermeté et le caractère dogmatique de son style lui assignent une place distinguée parmi les commentateurs de nos nouvelles lois.

Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil; par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la faculté de Dijon. 2 vol. in-8.^o, 15 fr. (Dijon, chez Lamarche).

La Revue rendra compte de cet ouvrage en même temps que de celui de M. Chauveau, dont la 2.^e livraison vient de paraître.

Rennes, novembre et décembre 1841.

CONSTITUTION DE LA FAMILLE ROMAINE ET DE LA GENS,

D'APRÈS LA LOI DES XII TABLES.

(2.^e Article.)

(V. ci-dessus p. 1 et suivantes.)

IX. Familles patriciennes et plébéiennes. 1.^o Question des gentes à l'égard des unes et des autres; 2.^o Question relative au droit de la famille affranchissante; — Conclusion. — X. Liens possibles et légitimes entre les classes et les familles patriciennes et plébéiennes.

IX. Nous avons étudié la constitution de la famille romaine,

1.^o Dans son principe, la Cité et la puissance paternelle;

2.^o Dans ses éléments fondamentaux, la famille immédiate des *sui heredes*, l'agnation, la gentilité, la qualité civile de la femme selon ses diverses situations;

3.^o Dans le lien de subordination des rapports réels aux rapports personnels, quant au droit de succession légitime, et dans la supériorité de l'hérédité testamentaire sur l'hérédité du sang;

4.^o Dans les éléments accessoires à la famille civile, savoir, les esclaves affranchis et les enfants émancipés.

T. 3.

Nous n'avons encore tenu aucun compte de la distinction des familles patriciennes et plébéiennes; c'est la famille romaine *sui generis* que nous avons analysée.

Il faut maintenant apprécier les effets de cette distinction aristocratique consacrée par la loi des XII Tables.

La loi des XII Tables avait prohibé le mariage, le *connubium* entre patriciens et plébéiens (1); elle avait maintenu la barrière élevée par les mœurs et par l'aristocratie des temps antérieurs.

Cette prohibition empêchait les droits de famille de se communiquer entre patriciens et plébéiens.

En effet, le *jus connubii* entraînait 1.^o la puissance paternelle, 2.^o l'agnation, 3.^o la succession légitime ou *ab intestat*, 4.^o la tutelle et curatelle légitimes: — par cela même que le *connubium* n'existait pas entre les deux classes, il y avait entr'elles séparation absolue dans l'ordre civil, puisque les patriciens à l'égard des plébéiens, comme les plébéiens à l'égard des patriciens, ne pouvaient avoir ni la puissance paternelle, ni les droits d'agnation, ni les droits de succession ou de tutelle légitimes.

S'il n'y avait pas d'agnation, de lien civil entre les familles patriciennes et plébéiennes, à plus forte raison ne pouvait-il pas y avoir entr'elles de droit de *gentilité*, lien civil qui venait immédiatement après l'agnation; et c'est un résultat certain que selon le droit des XII Tables la *gentilité* ne pouvait exister des familles patriciennes aux familles plébéiennes. — Mais d'autres questions s'élèvent à l'égard de la *gens*, et c'est le moment de les traiter.

(1) Tab. xi. 1. Ne *connubium* patribus cum plebe (Cic. de Rep. 2. 57). Gaius, ad legem XII Tab. D. de verb. sig. L. 258.

Nous avons vu jusqu'à présent 1.^o que la *gens* était la race primitive de laquelle étaient successivement issues les familles, les agnations particulières; 2.^o que les affranchis ne faisaient point partie de la race et restaient en dehors des droits de *gentilité*. — Maintenant deux questions sont à résoudre: la *gens* et le droit de *gentilité* appartenaient-ils seulement à la classe patricienne au temps de la loi des XII Tables? — La *gens* et le droit de *gentilité* appartenaient-ils seulement aux familles affranchissantes par rapport aux enfants et aux descendants d'affranchis? — La première question nous met en présence du système de Vico et de Niebuhr; — la deuxième, en présence du système habilement exposé par M. Ortolan, dans son commentaire historique des institutes.

1.^{re} Question. D'après la loi des XII Tables, la *gens* et le droit de *gentilité* appartenaient-ils exclusivement à la classe patricienne?

Dans les fragments de la loi des XII Tables, les *gentiles* sont placés immédiatement après les agnats: soit comme héritiers et par conséquent comme tuteurs légitimes, soit comme curateurs des furieux et des prodiges, les *gentils* sont appelés à défaut des agnats. Dans Gaius, la lacune, relative aux *gentils*, est placée entre la tutelle légitime des agnats et la tutelle légitime des patrons; d'où l'on doit induire que, dans cette partie absente, il s'agissait de la tutelle des *gentils* (1). Or, aucune distinction entre les droits soit des agnats, soit des *gentils*, n'existait par rapport aux familles patriciennes et plébéiennes. La loi des XII Tables suppose des *gentils*,

(1) Argument indirect contre le système de M. Ortolan.

comme elle admet des agnats, tant dans les unes que dans les autres. — L'agnation et la gentilité qui cessaient par la petite diminution de tête, à la différence de la cognation ou parenté naturelle, formaient une parenté civile, une source de droits dans la constitution de la *famille romaine*; et la famille romaine embrassait également les familles patriciennes et plébéiennes. L'agnation existait dans les familles plébéiennes; pourquoi la gentilité qui venait après elle et à son défaut, pour l'hérédité, la tutelle et la curatelle légitimes, n'aurait-elle pas existé aussi à l'égard de ces familles? Ces deux institutions devaient aller ensemble; aussi Vico, dont l'esprit systématique acceptait toutes les conséquences d'un principe posé, Vico, en refusant la *gens* aux plébéiens, leur refusait également entr'eux l'agnation et même le *conubium*! Il était conséquent avec lui-même et avec l'ordre logique des idées. Il faut en effet ou les admettre ou les rejeter ensemble à l'égard des plébéiens; car la loi des XII Tables ne permet pas la distinction. L'erreur de Vico, dans tout son système sur les origines romaines, c'est de n'avoir vu qu'une classe aristocratique, où il y avait d'abord une institution prédominante, la cité. Chaque classe de citoyens, par le principe d'unité qui faisait le fond du droit civil, avait dans sa sphère les mêmes droits, bien que les deux classes patriciennes et plébéiennes ne pussent pas les avoir entr'elles, pendant cette première période de l'histoire et du droit.

En se plaçant dans le droit des XII Tables et au sein de la distinction des deux classes, rien n'autorise donc à conclure que les plébéiens n'eussent pas droit à la *gens* et à la gentilité. Il faut conclure, au contraire, que les

plébéiens entr'eux avaient ce droit, lorsque leurs familles étaient d'une origine toujours *ingénue*. C'est l'*ingénuité* et non la noblesse patricienne qui formait la condition nécessaire de la *gens*, ainsi que le démontre la définition des *gentiles* donnée par Cicéron, comme définition complète : « *Gentiles qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt; quorum majorum nemo servitutem servivit; qui capite non sunt deminuti* (1).

Niebuhr, pour établir que les *gentes* étaient purement patriciennes, se fonde sur des textes de Tite-Live et d'Aulugelle. — Aulugelle est plus éloigné des XII Tables que Cicéron, qui avait pour cette première source du droit civil un culte respectueux, qui n'a pas dû s'en écarter dans sa définition des *gentiles*, et qui n'a pas mis le patriciat dans les conditions constitutives de la gentilité. Au surplus le texte, principalement emprunté à Aulugelle, est celui-ci : « *Plebs dicitur in quâ gentes patriciæ non insunt* (2) ». — Mais si l'institution de la *gens* était une institution exclusivement patricienne, pourquoi dire *gentes patriciæ*? Il suffisait de dire *gentes* : et si l'on a dit *gentes patriciæ*, n'est-ce pas indiquer qu'il y avait aussi des *gentes* plébéiennes?

(1) Cic. Top. 6. Dans la collection des œuvres de Cicéron, par M. J. V. Leclerc, il s'est glissé une erreur à noter, qui prouve que la *langue du droit romain* est trop étrangère aux hommes de lettres : on a traduit qui *capite non sunt deminuti* par les mots : QUI N'ONT JAMAIS PERDU LES DROITS DE CITOYEN. — Le traducteur oublie que l'*émancipation*, que l'*adoption* sont des *changements d'état* qui ne font pas perdre la *cité* (t. 3, p. 369).

(2) Aulug. x, 20. Le grammairien Aulugelle vivait vers l'an 430 après Jésus-Christ.

Le savant Niebuhr reconnaît qu'en effet il y avait à Rome des *gentes* plébéiennes et patriciennes; mais il suppose que c'est à une époque postérieure à la loi des XII Tables, et que cette participation des plébéiens au droit de la *gens* est née de l'établissement du *connubium* entre les patriciens et les plébéiens. — Niebuhr et ceux qui ont soutenu cette opinion avec lui, ne se sont pas rendu compte de l'effet de ces alliances. La gentilité était fondée sur la parenté civile du côté paternel : c'est par les personnes du sexe masculin que la gentilité s'établit et se continue; aussi Varron disait : *ab Æmilio homines orti, Æmiliani ac gentiles* (1). Le patricien qui, peu de temps après les XII Tables, pouvait s'unir librement à une femme d'origine plébéienne (2) ne communiquait pas à la famille plébéienne le droit de *gens*, puisque la femme sortait de sa propre famille par l'effet du mariage; de même, le plébéien qui se mariait à une femme patricienne n'entrait pas dans la famille de celle-ci, et ne pouvait par conséquent entrer dans la *gens*, et participer au droit de gentilité; d'où il résulte évidemment que s'il y a eu des *gentes* plébéiennes, comme on est obligé de le reconnaître (3), c'est qu'elles exis-

(1) Varro de linguâ latinâ. lib. 7. « Ut in hominibus quædam sunt cognationes et gentilitates, sic in verbis : ut enim ab Æmilio homines orti, Æmilii ac gentiles; sic ab Æmilii nomine declinata voces, in gentilitate nominantur ».

(2) La prohibition fut levée par la loi *Canuleia* de l'an 509.

(3) Cicéron qui se dit dans la république *equestri loco natus*, cite sa *gens* ou *genus*. hic *genus* : hic *sacra*.

La *gens Claudia* comprenait les Marcellus, d'origine plébéienne, et les Claudius d'origine patricienne. Cic. de orat. 1. 39. p. 424.

G. Hugo, hist. D. R. (t. 1. p. 86, not. II).

taient avant la loi des XII Tables, et qu'elles ne sont pas nées de l'établissement du *connubium* entre les patriciens et les plébéiens.

Le principal texte de Tite-Live que l'on oppose est le *vos solos gentem habere*, que l'historien met dans la bouche de Decius Mus luttant contre les patriciens, en 453, pour obtenir que les plébéiens fussent admis au partage du pontificat. — En lisant ce discours avec attention, on voit que l'orateur plébéien n'affirme pas l'existence du droit de *gens* comme une institution spéciale aux patriciens, mais qu'il rappelle seulement une des prétentions orgueilleuses du patriciat, dans la lutte engagée contre les plébéiens (1) : « Toujours on entend les mêmes choses, dit » Decius; qu'à vous seuls appartiennent les auspices, que » seuls vous avez une race (*gentem*), que seuls vous avez » des titres légitimes à commander, sous vos propres auspices, dans la paix et dans la guerre. Cependant, jusqu'ici le plébéien n'a pas commandé avec moins de succès que le patricien, et il en sera toujours ainsi. Eh quoi! ne savez-vous pas, au surplus, que les premiers patriciens n'étaient pas descendus du ciel, mais qu'on choisit pour tels ceux qui avaient pu nommer leur père, c'est-à-dire, et rien de plus, des citoyens d'origine ingénue, id est nil ultra quam ingenuos?

(1) Tite-Live, livre X. c. 8. « Semper ista audita sunt, penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere, vos solos justum imperium et auspicia domi militiæque. Æque adhuc prosperum plebeium ac patricium fuit, porroque erit. En unquam fando audistis, patricos primo esse factos, non de cælo demissos, sed qui patrem ciere possent, id est, nihil ultra quam ingenuos. Consulem jam patrem ciere possum; avumque jam poterit filius meus »!

» Eh bien, moi, je puis déjà citer pour père un consul, » et bientôt mon fils pourra citer un consul pour aïeul (1) »!

Ainsi, Decius Mus, pour réfuter la prétention des patriciens fait entendre que le patriciat lui-même n'a d'autre origine que l'*ingénuité*. — Ce passage prouve non que la *gens* était exclusivement patricienne, mais que les patriciens parlaient orgueilleusement de leur race, de leurs aïeux, et que l'*ingénuité* était vraiment, dans l'opinion des plébéiens, la seule condition nécessaire. Il n'a donc pas le sens exclusif que lui prête ici Niebuhr pour en faire sortir un principe absolu de droit public et civil. Et cependant Niebuhr qui, pour appuyer son système, force le sens d'un discours non spécial sur la question des *gentes patriciennes*, écarte dédaigneusement l'autorité de l'historien, quand elle est directement contraire à sa théorie sur les *gentes*; par exemple lorsqu'il s'agit du vote dans les curies, Niebuhr veut que le vote soit par *gens*, quand Tite-Live dit positivement que le vote dans les curies était par *tête* de citoyen; ce qui renverse tout le système du savant étranger.

Rien ne peut donc détruire les résultats fournis par les fragments des XII Tables et par la définition de Cicéron sur l'application du droit de gentilité aux familles plébéiennes comme aux familles patriciennes.

Il faut, du reste, se rappeler qu'à cette époque et antérieurement, des familles plébéiennes avaient pris une

(1) Ce dernier passage prouve que par *gentem*, Tite-Live entendait réellement des aïeux, comme on l'a traduit dans la collection de M. Nisard (1. p. 443), car Decius oppose son fils qui pourra citer un aïeul consul, à ceux qui citent leur *gens*, leurs aïeux.

grande importance; les cent sénateurs nommés par Ancus Marcus et dont les descendants étaient appelés *patricii minorum gentium*, avaient été choisis, au dire de Tite-Live (1), parmi les principaux plébéiens — Les sénateurs nommés par le consul J. Brutus, après l'expulsion des rois, et appelés *patres conscripti*, furent choisis aussi parmi des plébéiens. Les plébéiens avaient fait la révolution tribunitienne; et parmi les decemvirs de la deuxième année, nommés pour réviser et achever la loi des XII Tables, il y avait des plébéiens que les comices *par centuries* avaient donnés pour collègues au patricien Appius Claudius.

2.^e Question. — La *gens* et le droit de gentilité appartenaient-ils seulement aux familles affranchissantes, par rapport aux enfants et descendants d'affranchis?

M. Ortolan s'appuyant sur la définition de Cicéron, donne pour caractère fondamental à la *gens*, l'*ingénuité*. Il est le premier qui ait fait ressortir ce caractère essentiel; il a mis en lumière un élément de la *gens* jusqu'alors laissé dans l'ombre. Il faut désormais regarder l'*ingénuité* comme le principe certain de la *gens* et la cause du droit de gentilité. Nous en avons donné la raison, c'est que l'affranchi qui entre dans la famille et l'agnation du patron, l'affranchi qui naît à la vie civile par la manumission, ne peut avoir de racine civile, de famille, de race dans le passé; il n'est contemporain de la race originaire et ingénue du patron que par sa servitude, c'est-à-dire, par la négation même de l'existence civile. Un principe, puisé dans la nature des choses, repousse

(1) Tite-Live, 1. 33.

donc l'affranchi d'une participation réelle au droit de la race. Là est la vraie doctrine.

Mais M. Ortolan, dans son commentaire sur les institutions, va bien au-delà du principe ainsi déterminé. Son système repose sur deux points essentiels à distinguer :

I. « Les membres de la famille perpétuellement ingénue, dit-il, sont à la fois entr'eux *agnats* et *gentils*.

II. » Ils sont, de plus, les gentils des membres de toutes les familles dérivées que leur *gens* a produites » par affranchissement à une époque quelconque, et à qui elle a donné son nom et ses *sacra* : ces derniers ont des gentils, mais ils ne le sont de personne (1).

» De même que l'agnation est fondée sur un lien commun de puissance paternelle ou maritale, à quelque antiquité que remonte cette puissance ; de même la gentilité est fondée sur un lien de puissance de patronage, si anciennement qu'ait existé cette puissance (2).

» En fait, il n'y a que les descendants d'affranchis pour qui la famille puisse se distinguer utilement de la *gens* et pour qui, en conséquence, après les *agnats* viennent les gentils dans les droits de tutelle et d'hérédité légitime (3).

» Pour les races d'affranchis, la famille est distincte de

(1) Revue de législat. t. 41, p. 265. L'auteur ajoute : « ils portent le nom, ils participent aux *sacra* de la *gens* dont ils émanent ; il peut être permis de les déposer dans la sépulture de cette *gens* ; mais ils n'ont pas certainement la qualité de gentils ni les droits d'hérédité ou de tutelle attachés à cette qualité » (id).

(2) Id. 268.

(3) Id. 270.

» la *gens* ; la famille, c'est la descendance légitime de » l'affranchi dans toutes ses branches, et les *agnats* sont » les membres de cette descendance ; la *gens* c'est la descendance, la famille légitime du patron, et les gentils » sont les membres de cette famille..... A l'égard de » l'affranchi il y a, pour le patron et pour sa famille, » successibilité par droit de patronage ; à l'égard des enfants de l'affranchi et de tous leurs descendants, successibilité par droit de gentilité (1).

» En somme, les gentils étaient donc les membres de » la famille affranchissante, d'extraction purement ingénue, » par rapport les uns aux autres, d'abord (ce qui se confond entr'eux avec la qualité d'*agnats*) ; et en outre, » par rapport aux membres de la famille affranchie et de » toutes leurs ramifications ».

Ainsi tout le système de M. Ortolan que nous avons résumé dans les propres expressions de l'auteur pour ne pas l'affaiblir, se réduit à ces deux points :

1. Identité de l'agnation avec la gentilité, par rapport aux familles ingénues ;

2. Identité des droits de gentilité avec la continuation du droit de patronage sur les enfants et descendants d'affranchis.

Ce système, très-ingénieusement combiné, nous paraît contraire, dans ses conclusions, aux notions que l'antiquité nous a transmises sur les *agnats*, les gentils, le droit de patronage : si le talent de l'auteur a rendu la réfutation difficile, la vérité historique doit cependant essayer de reprendre ses droits.

(1) Revue de lég. p. 271-272.

Pour fonder cette doctrine nouvelle, il faut nécessairement confondre dans une seule notion les agnats et les gentils. Or cette confusion est repoussée par les textes mêmes qu'on invoque. — Sans doute le principe de l'agnation et de la gentilité est le même, savoir la puissance paternelle; mais l'agnation suppose que les membres de la famille ont été ou pu être sous la puissance du même père de famille; et la gentilité repose sur des rapports de famille, tellement éloignés dans le passé, que jamais les membres de toutes les familles de la race n'auraient pu être réunis sous le même chef. L'agnation est avec ou après les héritiers siens, la famille *présente*, et qui s'étend dans l'avenir, tandis que la gentilité se rapporte à la souche première, enracinée dans le *passé*, et dont les ramifications sont attestées par la communauté du nom et des *sacra*. — C'est ce qui résulte d'abord de la définition des agnats par Gaius, qui indique, pour déterminer l'agnation, les frères, les oncles et les neveux paternels (1), c'est-à-dire ceux précisément qui ont été ou

(1) Gaius, I. § 136. « Sunt autem agnati per virilis sexus » personas, cognatione juncti, quasi à *patre* cognati, *veluti* » frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, idem » patruus et patruus filius et nepos ex eo ».

Il ne faut pas croire que le mot *veluti*, *velut*, chez les jurisconsultes romains, soient employés seulement *ad exemplar*; ils le sont aussi *ad enumerationem*. On trouve un exemple frappant du *velut* comme indiquant une explication par énumération dans Ulpien, sur les choses mobilières classées parmi les *res Mancipi*:

« Servi et quadrupedes qui dorso collove domantur, *velut* » boves, muli, equi et asini (Frag. 49. 4) ». Ce sont bien là tous les quadrupèdes qui sont comptés parmi les *res Mancipi*.

qui ont pu être réunis sous la puissance du même père et aïeul. C'est ce qui résulte surtout de la notion donnée par Ulpien : « Communi jure familiam dicimus omnem » *agnatorum*; nam etsi, patrefamilias mortuo, » singuli singulas familiam habent, tamen omnes qui » SUB UNIUS POTESTATE FUERUNT recte ejusdem familiæ » appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi » sunt (1) ». — Ulpien comprend dans la notion des agnats tous ceux qui ont été sous la puissance d'un seul; c'est là ce qui caractérise leur qualité; et ils sont appelés de la même famille, parce qu'ils sortent de la même maison (2) et de la même race : étant sortis de la maison paternelle, ils sont en effet sortis aussi de la race à laquelle le père de famille appartenait, *eadem domo et gente proditi sunt*. — Enfin, et cette raison nous paraît décisive, la loi des XII Tables sur laquelle Gaius et Ulpien ont fondé leur notion, n'identifiait pas les agnats et les gentils; au contraire, elle appelait les gentils en second ordre et à défaut des agnats (3).

La première proposition qui identifie l'agnation et la gentilité est donc inadmissible.

Passons à la seconde.

La loi des XII Tables, dira-t-on, a pu faire la distinction des agnats et des gentils; mais la gentilité ne

(1) D. 50. 16. 495. § 2. de verb. signif.

(2) *Domus* est employé toujours dans la langue des jurisconsultes Romains pour la maison du père de famille.

(3) Tab. IV. 5 et 7. *Sei adnatus nec escit gentilis familiam nancitor. — Sei furiosus aut prodicus escit, adnatorum gentiliumque endo eo pecuniaque ejus potestas esto.*

produisait d'effet réel qu'en faveur de la *famille affranchissante* sur les enfants et descendants d'affranchis.

Nous répondrons : la gentilité, dans ce système, est destituée de son véritable caractère, celui de la *gens* (ou *genus*) qui a produit originairement et qui embrasse sous une communauté de nom et de sacrifices toutes les familles, toutes les branches particulières. La *gens* alors n'est plus réellement que la *famille affranchissante*. Les autres familles qui ont une origine et un nom commun avec la famille affranchissante, n'ont plus entr'elles de lien civil, puisqu'elles n'ont plus la gentilité. Mais cette prétendue *gens* de la famille affranchissante n'est que la *souche* (*stirps*) par rapport à la famille affranchie ; elle n'est qu'une agnation fictive qui commence par le patron et ses fils. C'est ce que nous allons démontrer.

Le patron et ses fils ont sur l'affranchi, décédé sans héritiers siens et sans testament, des droits de succession. — Quelle est leur nature ? Les jurisconsultes s'accordent tous à le dire (1) : L'hérédité légitime des patrons, leur tutelle légitime et celle de ses fils sont assimilées à l'hérédité et à la tutelle des agnats. « La loi des XII Tables, dit Vinnius, n'a pas voulu donner d'autre droit au patron que le droit des agnats qui sont appelés après les héritiers siens à la succession de l'intestat, et qui peuvent être omis dans le testament (2) ». Le patron

(1) Gaius, 1. 163. Eo enim ipso quod hæreditates libertorum si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos *liberosve* eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quum et *agnatos* quos ad hæreditatem vocabat eosdem et tutores esse jusserit.

(2) Hinc vero apparet legem non alio jure patronum censuisse,

et ses fils tiennent donc lieu d'agnats à l'affranchi ; et comme en matière d'agnation, c'est l'agnat le plus proche qui succède, si un affranchi avait deux patrons, et que l'un eût laissé un fils, l'autre un petit-fils, c'est le fils qui succédait (1) ; à défaut de fils, le petit-fils, à défaut de petits-fils, les arrières-petits-enfants succédaient (2). Mais il faut bien le remarquer, il ne s'agit ici que de la ligne directe et descendante du patron. La loi des XII Tables appelait à l'hérédité le patron et ses enfants (*liberi*), et non les autres agnats, et non les gentils du patron. Or le droit d'hérédité et de tutelle, qui était droit de patronage au premier et au second degré de la descendance, ne pouvait pas cesser de l'être aux troisième, quatrième, cinquième degrés de la même descendance. Il n'y a évidemment qu'une chose possible, c'est la continuation de l'espèce d'agnation qui tient au patronage ; c'est la transmission de l'hérédité du défunt aux descendants du patron, selon le degré le plus proche, lesquels, à degrés égaux, la partagent par tête (3).

Ainsi, premier résultat qui ne paraît pas contesté par

quam *agnatorum*, qui et ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur et testamento præteriri possunt (Vinnius, inst. lib. 3, t. 3, com. 1).

(1) In bonis liberti prior est patronus quam filius alterius patroni, itemque prior est filius patroni quam nepos alterius patroni (Paul. Sent. lib. 5. t. 2. § 1).

(2) Gaius. 1. § 163.

(3) Ad *liberos* patronorum hæreditas defuncti pertinet ut in *capita* non in *stirpes* dividatur (Ulp. fragm. tit. 27. § 4). Ad *personas* autem refertur familiæ significatio, ita cum de patrono et liberto loquitur lex : EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM (Ulp. D. de verb. signif. 193. § 1).

le savant auteur du Commentaire historique : l'exercice du droit de patronage, imité du droit d'agnation, ne peut changer de caractère, par cela même qu'il se trouve exclusivement dans la ligne descendante du patron : il y a seulement *continuation du droit de patronage*.

Mais, en second lieu, ce droit peut-il changer de caractère, quand il s'agit de l'hérédité des *descendants d'affranchis*? — Une observation ici est essentielle et péremptoire. Cette hérédité ne peut être déférée aux descendants du patron que parce que les descendants d'affranchis sont morts eux-mêmes sans héritiers siens ou sans testament. S'ils sont décédés *ab intestat* en laissant non des *héritiers siens*, mais des *agnats*, leur succession *ab intestat* n'est pas déférée à ces *agnats* par le sang, elle est déférée aux patrons ou à ses descendants; ces descendants, cette famille affranchissante, ce sont les *gentiles*, selon le langage de M. Ortolan. Or, d'après la loi des XII Tables, les *gentiles* ne sont appelés qu'après les *agnats* et à leur défaut; *si adnatus nec escit, gentilis familiam nancitor* : dans le système de M. Ortolan, les *gentiles*, au contraire, sont appelés avant les *agnats* de la famille affranchie et par préférence; donc ce système renverse directement l'ordre et le principe établis par la loi des XII Tables.

Que pouvait-il donc arriver après une longue suite de générations? Si les descendants des affranchis venaient à décéder *intestat* et sans héritiers siens, et que le patron n'eût pas laissé une descendance directe qui pût représenter le droit de patronage, la succession appartenait aux *agnats* dans la famille affranchie (1). S'il y avait,

(1) Les *agnats* du patron autres que ses descendants (*liberi*)

au contraire, une descendance directe du patron originaire, c'était à ces descendants, qui représentaient le droit de patronage, qu'appartenait l'hérédité. Alors il s'agissait de la ligne directe et descendante de l'affranchi, mise en rapport avec la ligne directe et descendante du patron; or, dans cette hypothèse, comme dans la première que nous avons posée, il n'y avait encore évidemment qu'une chose possible, c'était la *continuation du droit de patronage*. La saine logique veut que le droit qui, à ses premiers degrés, est incontestablement le droit de patronage ne puisse cesser de l'être quand il continue de s'exercer à des degrés subséquents. Dans la ligne directe descendante, les droits, comme les prohibitions, s'étendent sans changer de nature, *ad infinitum*; c'est donc à tort que la continuation du droit de patronage a été transformée en droit de gentilité. La loi des XII Tables et la logique du droit repoussent cette transformation (1).

n'étaient pas appelés à l'hérédité par la loi des XII Tables; à plus forte raison ses *gentiles*. Les droits de patronage n'existaient que de la ligne descendante du patron à la ligne descendante de l'affranchi, lorsque ces descendants mouraient sans héritiers siens et sans testament; il n'y avait donc place, dans une telle organisation, ni pour l'agnation des frères et oncles du patron, ni pour ses *gentiles*. Mais le prêteur donnait la *possession de biens* aux *agnats* et *cognats* du parent *manumissor*. Instit. 5. 9.

(1) En dehors du droit de cette première période, il y aurait aussi un argument contre le système que nous croyons erroné. — Le droit de gentilité est tombé en désuétude vers les premiers temps de l'empire. Lorsque les branches des familles s'étaient indéfiniment multipliées, il était difficile de suivre une race dans toutes ses ramifications en tenant compte

Concluons donc que la vérité n'est pas dans le système de Vico et de Niebuhr sur le caractère exclusif des *gentes* patriciennes, et qu'elle n'est ni dans la confusion du droit de gentilité avec le droit d'agnation, ni dans l'absorption du droit de gentilité au profit de la famille affranchissante, selon le Commentaire historique des *Institutes*.

La vérité, telle qu'elle nous est donnée par les fragments de la loi des XII Tables, les monuments de l'antiquité, la définition des *gentiles* et divers autres passages de Cicéron, se résume dans les résultats suivants :

1.^o Sous la loi des XII Tables, rien n'autorise à re-

des petites diminutions de tête et des affranchissements ; la complication des familles et de leurs dérivés a dû faire tomber en désuétude le droit de gentilité, surtout depuis que le préteur accordait facilement la possession de biens aux cognats. Mais si le droit de gentilité avait été seulement la continuation du droit de patronage sur les enfants et descendants d'affranchis, s'il n'avait été, en dernière analyse, que le droit de successibilité à l'égard des descendants d'affranchis, ce droit ne serait pas tombé en désuétude avant Gaius, car les droits des patrons et de sa famille se sont accrus, au lieu de diminuer, par les sénatus-consultes et les constitutions des princes. Certes, les familles des patrons auraient été trop intéressées au maintien d'un droit de *gentilité* identique au droit de *successibilité*, pour que ce droit eût été abandonné par désuétude vers le deuxième siècle. — C'est la *gens* antique et non la famille affranchissante qui a disparu du droit civil. Ce qu'on appelait *gens* dans les anciens temps a été compris sous le nom générique de famille. Ainsi Ulpien dit : « Item appellatur *familia* plurium personarum quæ ab *ultimi genitoris sanguine* profisciscuntur, sicuti dicimus *familiam Juliam*, quasi a fonte quodam memorie » (Ulp. D. de verb. sig. 193. § 4).

garder le droit de gentilité comme l'attribut exclusif des familles patriciennes, bien que les *gentes* patriciennes dussent être plus nombreuses et plus importantes que les *gentes* plébéiennes ;

2.^o La loi des XII Tables ayant prohibé le *connubium* entre les patriciens et les plébéiens, par tradition des mœurs aristocratiques, le droit de gentilité ne pouvait pas exister des familles patriciennes aux familles plébéiennes ;

3.^o La *gens* ou *genus* était, dans la constitution de la famille romaine, la race générique qui comprenait, sous une origine perpétuellement ingéne et sous un nom commun, les familles dérivées, lesquelles étaient différentes par leur surnom et leur agnation spéciale (suivies *communione* quâdam, *specie* différentes) ;

4.^o Dans le droit des XII Tables, les *gentiles* étaient toujours appelés à défaut des agnats pour l'hérédité, la tutelle, la curatelle légitimes ;

5.^o Les affranchis n'avaient point de race ; ils étaient *sine gente* ; ils ne participaient en aucune manière, ni activement ni passivement, au droit de gentilité ;

6.^o Le droit de gentilité n'avait rien de commun avec le droit de patronage, et la continuation du droit de patronage dans la ligne directe et descendante soit du patron, soit de l'affranchi, ne peut se transformer en droit de gentilité.

X. Dans le système aristocratique de la loi des XII Tables, les familles patriciennes et plébéiennes étaient séparées par la prohibition des mariages et tous les effets attachés à cette prohibition. — Il y avait cependant entre elles des liens possibles et légitimes par l'institution du

patronage et des clientèles, par le droit d'adoption et d'adrogation, par le droit de testament.

L'institution du patronage patricien était un lien politique et civil entre les deux classes (1).

L'adoption pouvait former un lien civil entre une famille patricienne et une personne d'une autre origine. — L'adrogation établissait ce lien entre l'adrogeant, l'adrogé et les enfants de l'adrogé. C'est par l'effet de cette institution civile et politique, à la fois, que les *gentes* patriciennes purent comprendre dans leur sein des familles ou des branches d'origine plébéienne, et non, comme l'ont supposé Niebuhr et Savigny, par l'effet de *mésalliances* contemporaines de la prohibition des mariages entre les deux classes (2).

Le droit de tester pouvait étendre ses effets d'une classe sur l'autre : titre de transmission héréditaire, *per universitatem*, le testament était un moyen de communication entre les familles patriciennes et plébéiennes. — A la vérité, deux opinions existent sur l'origine du testament romain. Montesquieu la rapporte à la loi des XII Tables; M. Michelet et les historiens qui regardent cette loi comme une transaction entre les deux classes rivales, indiquent aussi le testament comme une conquête de la révolution plébéienne (3). Mais l'opinion la mieux fondée paraît être celle de G. Hugo qui rapporte aux temps

(1) Nous en avons développé le caractère dans une autre partie de ce travail, partie inédite.

(2) Voir ci-dessus n.º IX.

(3) Esprit des lois. liv. 27. ch. unique. — M. Michelet, hist. rom. t. 1. p. 504 et suiv.

primitifs de Rome le testament *calatis comitiis et in procinctu* (1). L'antique forme des comices par *curies* désignés par l'expression *calatis comitiis*, est un argument puissant en faveur de cette doctrine; et ce qui lui donne, à nos yeux, un caractère de certitude historique, c'est la distinction d'origine marquée par Gaius entre les testaments *calatis comitiis* et *in procinctu*, et le testament *per æs et libram* : « deux espèces de testament, » dit le jurisconsulte, existèrent au commencement, *INTITIO*; une troisième espèce s'y joignit ensuite, *accessit DEINDE tertium genus*..... ces deux premières formes tombèrent en désuétude, le testament *per æs et libram* fut seul conservé dans l'usage des citoyens (2). — Or il est certain, de l'aveu de tous les historiens du droit, que le testament *per æs et libram*, est né du droit des XII Tables (3). — Il faut donc reconnaître que

(1) M. Ortolan adopte cette opinion. Instit. 2. x. — 157. Hugo fait sur le *calatis comitiis* une observation propre à justifier que ces mots désignent les comices par *curies*. Il suit Aulugelle xv. 27.

(2) Gaius, II. § 102.

(3) Selon Hugo, les affranchis, quoique citoyens romains, n'auraient pas eu dans les premiers temps la faculté de tester; les Comices par *curies*, placés sous l'influence des pontifes, ne s'ouvriraient pas aux *affranchis*, comme aux autres citoyens, pour changer la loi civile d'hérédité *ab intestat*, favorable aux droits des patrons. — Le testament *per æs et libram* aurait été trouvé en vue des affranchis, à qui la loi des XII Tables aurait enfin accordé le droit de tester tant désiré pour eux. Le testament *calatis comitiis* serait resté à l'usage exclusif des patriciens. — Ce sont là des conjectures auxquelles les textes ne donnent pas une autorité suffisante.

Nous en dirons autant du système exposé par M. A. Gué-

les testaments connus *ab initio* existaient avant les XII Tables et dans les premiers siècles de Rome. Dès-lors ce droit de tester, dans les comices ou en présence de l'armée, pouvait devenir un moyen de rapprochement et de transmission de patrimoines entre les familles patriciennes et plébéiennes.

Ainsi, la barrière posée entre les patriciens et les plébéiens par la prohibition du *connubium*, n'était pas tellement élevée qu'il n'y eut encore entre les deux classes des liens possibles et reconnus par le Droit :

- 1.^o Relativement aux personnes, par le patronage et l'adoption ;
- 2.^o Relativement aux familles, par l'adrogation ;
- 3.^o Relativement à la transmission des patrimoines par le testament.

F. LAFFERRIÈRE.

rard (1841) dans son *essai sur l'histoire du droit privé des Romains*, où l'auteur emploie beaucoup de talent à l'appui d'une hypothèse de Niebuhr. M. Guérard, p. 463, suppose que le testament *per æs et libram* a eu deux âges : 1.^o avant la loi des XII Tables, il existait chez les plébéiens, réel, tacitement reconnu, quoique déguisé sous la forme d'une vente ; 2.^o cette loi ayant expressément établi le droit, mais sans régler la forme, la forme du testament plébéien se maintint ; mais dans cette seconde période on arriva à une institution directe d'héritier. M. Guérard appuie son livre sur deux idées : 1.^o qu'avant la loi des XII Tables, la distinction entre les deux classes formait deux espèces de *droit civil*, deux cités dans Rome ; 2.^o que par la loi des XII Tables, la fusion fut complètement opérée. — Nos travaux d'ensemble sur *l'histoire du droit civil de Rome* prouveront, nous l'espérons, l'erreur de cette double proposition.

DU POUR COMPTE EN MATIÈRE D'ASSURANCE.

Son origine, sa nécessité, ses principaux effets, sa limite (1).

Comme tout autre acte licite de commerce, une assurance commise devient l'objet d'un ordre que le commissionnaire peut exécuter en son propre nom, ou dans le nom du commettant. Ce dernier mode d'exécution peut se résumer en quatre mots : *le commissionnaire* ne contracte pas ; c'est un instrument, *nudus est minister*. Mais, en tant qu'il se rapporte au contrat d'assurance, le premier mode d'agissement exige quelques observations. Il faut, avant tout, afin d'éviter une confusion fâcheuse, se faire une idée nette de ce qu'est *le pour compte*. On ne parviendrait pas à s'en expliquer les effets d'une manière rationnelle, si l'on n'a préalablement saisi la nuance assez délicate qui distingue le mandat pour faire assurer de tous les autres mandats que le commissionnaire peut remplir en son propre nom.

Pour que l'assurance existe, il est nécessaire que l'assuré ait un intérêt en risque, et que la police ne puisse

(1) Partout on dit et l'on enseigne : *l'assuré pour compte est le véritable assuré*. Cette proposition est-elle vraie, jusqu'à quel point l'est-elle ? C'est ce qu'explique l'article que nous offrons à nos lecteurs.

(Note du Directeur.)

être appliquée ni étendue à aucun autre intérêt. *Assecratio pro formâ exigit existentiam interesse seu dominiî assecuratorum* (Casareg. Disc. 4, n.º 5). Il n'est donc pas possible que le commissionnaire se fasse valablement assurer sans exprimer sa qualité de commissionnaire, ou énoncer le *pour compte*. S'il traitait en son nom purement et simplement, le sinistre survenu, l'assureur exciperait du défaut d'intérêt de l'assuré dans le risque. Or, sans intérêt, point d'assurance; elle n'aurait été qu'un pari.

L'énonciation de la qualité en laquelle le commissionnaire agit, est donc une nécessité dérivant de l'assurance même, *ex ipso contractu, ex visceribus rei*.

Mais comment se fera l'énonciation *du pour compte*? Faudra-t-il désigner le véritable assuré nominativement, ou suffira-t-il d'énoncer qu'on agit *par ordre et pour compte*, sans désignation de personne?

Autrefois, et quelques législations l'exigent encore, il fallait nommer le véritable assuré, afin que l'assurance ne s'étendît pas abusivement d'un cas à un autre (Casar. Disc. 4, n.º 10). Dans un tel système, on divulguait les amis et les entreprises d'un commerçant. Or le secret est vital pour le crédit et la réussite des affaires. Ainsi, que le commissionnaire traite en son nom sans exprimer de *pour compte*, ou que dans le *pour compte* il soit tenu de nommer l'assuré, impossible d'échapper à la fâcheuse alternative de fournir à l'assureur l'exception de *dominio*, de *interesse*, ou de ne pouvoir taire le secret des opérations.

A ce mal il fallait un remède; législateur dans son propre intérêt, le commerce y a pourvu par une ingénieuse combinaison. Il a inventé la clause : *d'ordre et pour compte*

de qui il appartiendra (Casar. Disc. 5, n.º 9). Questa clausula, dit Baldasseroni, fu immaginata all'effetto d'evitare le controversie del dominio sopra le cose assicurate, et per disobbligare i negozianti del manifestar le loro corrispondenze ed i loro negozi, nel che sogliono avere non poca gelosia e riguardo.

Telle est l'origine, telle est la raison du *pour compte*. L'on voit qu'à la différence d'une vente, d'un achat, etc., opérations qui peuvent se consommer sans que le commissionnaire soit tenu de déclarer sa qualité, dans l'assurance par mandat l'énonciation *du pour compte* devient nécessaire. C'est une disparité considérable.

Maintenant quels sont les effets particuliers de ce mode d'agissement?

Malgré l'énonciation *du pour compte*, c'est le commissionnaire qui contracte avec l'assureur. Mais il se distingue éminemment de tous autres commissionnaires quelconques : du commissionnaire qui agit au nom du commettant, en ce qu'un tel commissionnaire ne s'oblige pas envers le tiers qui traite avec lui, tandis que le commissionnaire d'assurance s'oblige envers l'assureur; du commissionnaire qui agit en son propre nom, en ce que celui-ci s'oblige envers le tiers et oblige le tiers envers lui, tandis que le commissionnaire d'assurance n'oblige pas l'assureur envers lui, quoiqu'il s'oblige envers l'assureur *in limine contractûs*, en quelque sorte comme caution du commettant : *accumulatur contractui*, selon l'expression de Casaregis. Rien de plus juste, de plus raisonnable. L'assureur ne connaît pas celui pour compte de qui se fait l'assurance; par quels moyens, d'ailleurs, vérifierait-il au moment du contrat la vérité des déclarations qu'on lui fait? Il se confie à la pru-

dhomie de l'assuré (Guidon de la mer). C'est donc une nécessité que le commissionnaire réponde non seulement de la prime, mais encore des énonciations de la police. *E sempre garante del premio e della verità della enunciativa del contratto medesimo*. S'il n'en était pas ainsi, nul ne se hasarderait à prendre un risque, et l'assurance par commission s'annulerait dans la pratique, au grand préjudice de tout le commerce. Il fallait donc identifier le commissionnaire avec le commettant. Ce que l'un sait, l'autre est censé le savoir.

Mais ce n'est évidemment là qu'une fiction, puisque la mention du *pour compte* annonce un commettant laissé un moment à l'écart, et que, dans la réalité, le commettant et le commissionnaire sont deux personnes distinctes. Du reste, l'équité de cette fiction égale sa nécessité. C'est le seul moyen de prévenir les abus, et de faire de l'assurance ce qu'elle doit être pour répondre aux vues et aux besoins du commerce. Ainsi en ce qui concerne, mais seulement en ce qui concerne la perfection du contrat, les éléments nécessaires à son existence et à sa validité, la vérité des clauses exprimées dans la police, les obligations qui en résultent, le commissionnaire est réputé l'assuré. Il garantit, par exemple, que la chose assurée existe, que ni lui ni son commettant n'en connaissent la perte, que ce commettant y a un intérêt assurable et en justifiera dans l'occasion. En tout cela, il tient lieu de l'assuré.

Voilà donc un premier effet du *pour compte*; il crée une fiction de droit, fiction nécessaire, pleine d'équité, mais qui doit se renfermer dans son objet même; car une fiction s'arrête là où cesse la nécessité qui l'a introduite.

Un second effet en dérive, remarquable par son impor-

tance. Avenant le sinistre, on doit justifier de l'ordre et du *pour compte*, expressions qui, loin d'être synonymiques, représentent deux idées distinctes. En effet, une assurance est faite ou par l'assuré lui-même, ou par son ordre, ou par une personne qui agit sans ordre, *proprio motu*. Quand l'assurance concerne directement celui qui l'a stipulée, la chose est simple : l'assureur est tenu du sinistre, dès que l'assuré prouve qu'il est propriétaire de la chose assurée, ou qu'il y a un intérêt assurable. L'assurance a-t-elle été faite d'ordre ou sans ordre, mais pour compte, *contemplatione alterius*? Avant d'obliger l'assureur au paiement du sinistre, deux justifications sont à produire, 1.^o celle d'un ordre ou d'une ratification donnée en temps utile; 2.^o celle de l'existence d'un risque en une personne intéressée. Car je ne puis, sans blesser l'essence même du contrat, faire assurer la chose d'autrui dans laquelle je n'ai nul intérêt. Il me faut donc un ordre émané du véritable assuré, ou une ratification qui est l'équivalent d'un ordre.

Mais cette première preuve ne suffit pas : point d'assurance encore, sans un intérêt légitime dans la chose assurée. Il faut donc justifier, en outre, que celui qui a donné l'ordre ou la ratification, est intéressé dans ce risque. « Commençons, dit Baldasseroni, par établir que, quelle » que soit la personne pour qui on assure, il est hors de » doute qu'avenant le cas d'exiger le sinistre, l'assuré doit » justifier de l'ordre, du mandat ou de la ratification en » temps opportun, de celui qui ayant intérêt dans l'objet » assuré a couru le risque... Outre la preuve de l'ordre de » celui pour compte de qui l'on assure, il est encore » nécessaire de justifier de l'existence d'un risque dans la

» chose assurée, quelle quantité, quelle valeur correspond
 » à la somme assurée; car sans risque et sans intérêt,
 » point d'assurance (t. 1, p. 204, 196) ».

La vérité de cette doctrine se démontre par sa propre évidence; cependant une seule observation, afin d'en faire sentir la justice et l'utilité. Si l'assuré pour compte ne devait pas justifier de l'existence d'un véritable assuré et d'un ordre d'assurance, ou d'une ratification donnée par celui-ci antérieurement au sinistre connu, quoi de plus facile que de se faire assurer sans un intérêt assurable? Pour jouer sur les événements maritimes comme on joue sur les effets publics et sur certaines marchandises, il suffirait de simuler un pour compte, puis de légitimer en apparence une opération illicite, en lui appliquant une ratification concertée avec un ratifiant étranger à tout intérêt assuré.

Contre ces machinations frauduleuses, que fit la coutume commerciale? Non seulement elle imposa au commissionnaire d'assurance l'obligation toute spéciale de déclarer sa qualité; elle voulut, en outre, que, le sinistre arrivé, la réparation n'en pût être demandée aux assureurs pour un propriétaire anonyme. Si l'intérêt du commerce a exigé, pendant quelque temps, que le véritable assuré restât inconnu, le même intérêt exige actuellement qu'il se montre et apparaisse à découvert.

Néanmoins, le commissionnaire ne s'efface pas entièrement encore. Partie contractante, il reste toujours garant du paiement de la prime et de la vérité des énonciations de la police. C'est sa foi que l'assureur a suivie. Mais plus de fiction qui le répute assuré, depuis que le véritable assuré a cessé d'être ignoré. Rien ne commande d'en prolonger l'existence, et d'ailleurs toute fiction s'arrête là où l'équité serait blessée. Or, quoi de plus injuste que de

vouloir faire peser sur le commissionnaire des événements postérieurs au contrat et indépendants de sa volonté? Qu'il soit tenu de toutes les réticences, de toutes les fausses énonciations que son commettant lui aurait fait faire à son insu, on le conçoit; ce commettant, il le connaît ou a dû le connaître, et l'assureur ne le connaissait pas, ou est réputé ne l'avoir pas connu. Mais quand le commissionnaire a pleinement satisfait à ses engagements et qu'il en apporte la preuve jugée ou reconnue probante et valable, étendre la fiction au-delà de cette limite, c'est imposer au commissionnaire une responsabilité en dehors des termes *du pour compte*, méconnaître la convention et favoriser l'une des parties au préjudice de l'autre. Inutilement, par exemple, le commissionnaire aurait-il justifié d'un chargement en risque et d'un ordre d'assurer donné par le propriétaire de ce chargement. Il est vrai, répondrait l'assureur, qu'il ne m'a rien promis de plus par la lettre du contrat; mais en vertu de la fiction qui, par rapport à moi, l'assimile au véritable assuré, il ne m'en répond pas moins du dol et des délits de celui-ci postérieurs à la police. Je pense bien qu'il ne s'en doutait pas plus que moi quand nous avons contracté; mais puisqu'il est *l'alter ego* de son commettant, il faut que la fiction aille jusqu'au bout, et qu'il le représente en tout, partout et toujours. Les conséquences d'un tel système en démontrent l'absurdité; l'injustice en est révoltante, et l'effet en serait meurtrier pour le commerce. Il abolirait dans la pratique l'assurance par commission; car, où trouver un commerçant assez téméraire pour assumer sur lui une responsabilité aussi terrible par son étendue et par sa durée? Concluons donc que, si la fiction conserve les effets qu'elle a produits ou dû produire tant qu'elle a duré, on ne peut

l'étendre au-delà des énonciations de l'assurance; c'est sa limite; le commettant déclaré, elle cesse et s'évanouit.

De ces prémisses, une première conséquence: c'est que, toute fiction, tout pour compte ayant cessé, l'assuré et l'assureur peuvent s'entre actionner. *Quando stipulatum fuit per conto di chi spetta, omnes interesse habentes, licet non exclarati, possunt actionem intentare contra assicuratores uti in contractu nominati, eo ipso quod ostenderunt spectantiam risici seu interesse in mercibus assicuratis* (Casareg. Disc. 5, n.º 2). On peut remarquer que, par la force des choses, le même effet se produit quand la faillite du commissionnaire vient nécessiter la révélation du mandant. L'assuré peut donc désormais exercer lui-même tous les droits que lui confère l'assurance, v. g., exiger la somme assurée ou en faire compensation avec la prime encore due ou toute autre dette compensable. De son côté, l'assureur peut lui demander la prime, la compenser, et lui opposer toutes les exceptions inhérentes au contrat, ou personnelles à l'assuré. C'est une dérogation considérable aux principes généraux; mais, ainsi qu'on l'a vu, elle a sa nécessité et sa raison. On devait donc la marquer.

Une autre conséquence immédiate de ces mêmes prémisses, c'est que, le commissionnaire ne pouvant plus être réputé l'assuré, la police ne lui confère plus aucun droit en tant qu'assuré; le bénéfice et la charge de la police sont désormais la chose du mandant. D'un autre côté, le mandat que le commissionnaire avait reçu d'assurer pour compte est accompli, consommé, éteint: *peracto negotio, finitur mandatum*. Par suite, l'assureur est en droit d'encaisser le montant de l'assurance par lui-même, par un commissionnaire, par son représentant nanti de la police et

des pièces justificatives. Si donc le commissionnaire opère ce recouvrement, il le fait, non en vertu de la clause *du pour compte*, mais comme porteur de la police et des pièces qui l'investissent d'un nouveau mandat très-différent du mandat d'assurer. Les assureurs n'ignorent pas qu'ils doivent à l'assuré et ne doivent qu'à lui seul. C'est donc à lui qu'ils paient et qu'ils doivent payer. Le commissionnaire connu ne reçoit que par son ordre et pour son compte; il ne fait plus alors que ce que pourrait faire tout autre porteur de la police et des pièces. En d'autres termes, il ne reçoit pas, *nudus est minister*; c'est l'assuré qui reçoit: *qui mandat, ipse fecisse videtur*.

Les principes que l'on vient d'exposer sont tellement dans le vrai, si bien conformes à la nature des choses, que, sans les formuler, le législateur les suppose *a priori*; car plusieurs dispositions de la loi n'en sont évidemment que des conséquences.

L'art. 332 code comm. veut que l'assuré exprime sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire. C'est l'obligation imposée de déclarer le *pour compte*. Dans quel but? Afin qu'en temps convenable l'assureur puisse apprécier si l'assuré a un intérêt dans l'assurance. Ce qui exige la justification d'un ordre émané du véritable assuré ou la désignation du commettant assuré.

L'art. 351 relève l'assureur de tout dommage provenant du fait de l'assuré. Cette disposition suppose la manifestation du véritable assuré et la cessation de la fiction. Car comment rendre l'assuré responsable de ses faits personnels, s'il n'y a contact direct entre lui et l'assureur? Comment opposer à l'assuré ses propres faits, si le commissionnaire est encore le véritable assuré?

En harmonie avec cette disposition, l'art. 379 suspend

le délai du paiement tant que l'assuré n'a pas fait les déclarations prescrites. Le but de cette loi est d'empêcher que la valeur assurée n'excède la valeur en risque, et de donner à l'assureur le temps de vérifier s'il existe un intérêt au risque et jusqu'où s'étend cet intérêt. Or, comment atteindre ce but, si le commissionnaire seulement, et non l'assuré, est tenu de déclarer les assurances faites, commises ou ordonnées. Il faut donc que cet assuré se manifeste en personne, nommément; car point d'action contre les assureurs sans l'apport de pièces ayant relation intime avec le *pour compte*.

Pourquoi l'art. 384 accorde-t-il pour le paiement de l'assurance un délai de trois mois, quand, dans la rigueur des principes, le sinistre prouvé, la dette est exigible? C'est que le droit d'investigation sur la conduite de l'assuré pouvant désormais être exercé par les assureurs, il était conséquent de leur accorder un délai pour l'exercice de ce droit. Que si par la convention ils se sont obligés de payer immédiatement ou dans un délai plus court, toute voie n'est pas encore fermée à ces investigations et aux exceptions qui en peuvent naître. Ils peuvent se réserver la preuve contraire et ne payer que sous caution.

Sans pousser plus loin l'indication des textes, ceux-ci suffisent à justifier notre doctrine. Ils sont tous incompatibles avec la prolongation du *pour compte* et de la fiction qui, au moment du contrat, réputait le commissionnaire le véritable assuré.

On a donc coordonné la loi avec les principes de la théorie. Il le fallait bien, à moins de faire violence à l'inflexibilité des faits et de vouloir résister à la force des choses.

LE POITVIN.

MÉLANGES.

I. De la translation du domicile politique en matière électorale. (1)

QUESTIONS.

- 1.° Suffit-il de payer une contribution directe quelconque dans un arrondissement pour pouvoir y transférer son domicile politique?
- 2.° Doit-on être en possession du paiement de cet impôt et pouvoir au besoin en justifier au moment où se fait la déclaration de changement de domicile?
- 3.° Peut-on, en matière électorale, argumenter des principes du droit commun, lorsque la législation spéciale a tracé des règles qui seraient paralysées par ces principes? Peut-on spécialement, en semblable matière, argumenter des dispositions de l'art. 1358 du code civil sur les effets rétroactifs des actes par leur ratification postérieure, et en vertu de ce principe, prétendre que la jouissance et la possession de la propriété ont remonté à une date antérieure à celle de la ratification?
- 4.° Les tiers électeurs ont-ils qualité pour attaquer l'inscription faite en vertu de l'application de ce principe?
- 5.° Les cours sont-elles compétentes pour annuler les actes d'acquisition comme simulés et entachés de fraude, lorsqu'il résulte des faits de la cause qu'ils ne sont passés que dans un but de manœuvres électorales et non pour devenir propriétaires sérieux et *animo domini*?

Les faits de la cause étant analysés dans les conclusions de M. l'avocat-général, nous croyons devoir nous borner à dire que, le 20 avril 1841, jour de l'expiration des délais, les sieurs Legraverend et Baudier achetèrent, par

(1) Sous ce titre nous reproduisons ici les conclusions de M. l'avocat-général Victor Foucher dans une affaire qui a fait l'objet de nombreux articles dans la presse quotidienne, parce que ces conclusions,

deux actes sous seing-privé, des parcelles de terre dans le canton de Mordelles, pour eux et vingt-huit consorts dont ils se déclaraient les *portant fort*; ces parcelles ne payaient en totalité que 15 francs de contribution. — Le même jour 20 avril, toutes les personnes dénommées aux actes, par elles ou par mandataires, firent au greffe leur déclaration de changement de domicile. Plus tard, et aux dates des 28 août, 3, 6 et 27 octobre, les personnes pour lesquelles on s'était porté fort dans les actes du 20 avril, ont ratifié.

Sur leur demande, le préfet les a portées et maintenues sur la liste électorale du collège *extra muros* de Rennes. Mais leur inscription a été attaquée devant la Cour par le sieur Chauvin des Orières, électeur de ce même collège, et c'est sur le mérite de cette action que la Cour avait à statuer.

Après avoir entendu M.^e Leplat dans l'intérêt du demandeur, et M.^e Méaulle dans l'intérêt des défendeurs, M. l'avocat-général Victor Foucher a pris la parole à peu près en ces termes :

« Le premier besoin que nous éprouvons est de rendre à cette cause la gravité qu'elle semblait avoir perdue dans l'organe chargé de défendre les droits des électeurs, dont le changement de domicile est attaqué.

Il ne s'agit pas ici de charmer les esprits par une parole incisive et ironique; il s'agit encore moins de satisfaire à de petites passions de parti, mais bien d'éclairer vos consciences sur une question importante, puisqu'elle touche à la loi organique du pouvoir social, puisque si vous pensiez devoir admettre la solution que sollicitent les défendeurs, vous livreriez les élections des représentants du pays à toutes les chances des manœuvres des partis.

Le siège de la question est l'exécution de l'art. 10 de la loi du 19 avril 1831.

en posant les principes qui régissent la matière, en rendent les développements encore plus intéressants pour nos lecteurs, par leur application à une espèce où leur examen se présente sous tant de faces, et dans des circonstances propres à en faire bien juger l'importance. (Note du Directeur.)

Aux termes de cet article, pour pouvoir changer son domicile *politique*, il faut deux choses : 1.^o payer une contribution *directe* dans l'arrondissement où on veut transporter son domicile *politique*; 2.^o faire, *six mois d'avance*, une déclaration expresse au greffe du tribunal civil de l'arrondissement électoral où on a son domicile politique actuel, et au greffe de l'arrondissement électoral où il faudra le transférer.

Mais dès ici s'élève une première difficulté d'interprétation, et on se demande dans quel but le législateur a accordé la faculté de séparer le domicile politique du domicile réel, ce qu'on doit entendre par contribution *directe*, s'il suffit d'en payer une *quelconque*?

La séparation du domicile politique du domicile réel remonte à la constitution du 16 thermidor an x, dont l'art. 27 permit au chef du gouvernement d'ajouter un certain nombre d'électeurs à chaque collège électoral, sans que ces électeurs eussent leur domicile réel dans l'arrondissement; le décret du 17 janvier 1806 vint étendre cette faculté et déclara positivement, par son art. 3, que le domicile politique était indépendant du domicile *civil* (V. aussi l'art. 4).

Voici, Messieurs, comment la séparation du domicile politique et du domicile réel s'est introduite dans la législation électorale, sous quelle bannière elle a pris naissance, dans quel but elle a été créée.

Cette faculté fut confirmée par la loi du 5 février 1817, mais tout en devenant le droit de tout électeur, elle n'en resta pas moins un privilège, car la faculté ne peut être exercée que par l'électeur qui paie des impôts dans plusieurs arrondissements, car elle ne peut être exercée que par les électeurs ayant assez d'aisance pour remplir les conditions exigées par la loi, assez de loisir pour aller voter loin du centre de leurs affaires, à moins que la spéculation des partis ne se charge de défrayer les nécessiteux, et au besoin même de les rendre électeurs.

Nous le répétons, cette faculté est un privilège, un privilège qui rompt le principe de l'égalité entre tous les électeurs, un privilège dangereux, parce qu'il est une arme puissante aux mains passionnées des partis.

Aussi, dès 1817, on comprit qu'il fallait au moins lui imposer des limites étroites. — Dans ce but, M. Bourdeau, au nom de la commission de la chambre des députés, proposa de ne permettre la translation de domicile politique qu'à ceux qui paieraient une cote d'impôt que la loi fixerait, dans l'arrondissement où ils voudraient se faire inscrire; mais la chambre consultée rejeta cette proposition. — Un amendement de M. De Larochefoucauld, lors de la discussion de la loi de 1831, eut le même sort; le paiement antérieur d'une contribution directe quelconque, resta donc la seule garantie contre les fraudes dont déjà quelques membres de la législature se préoccupaient.

Mais en même temps que la difficulté de déterminer un chiffre faisait rejeter une modification dont le principe n'était pas contesté, le législateur voulut au moins que toujours le changement de domicile fût un fait individuel, volontaire de la part de l'électeur et non l'acte collectif d'un parti; ce fut même par ce motif qu'en 1817 les chambres repoussèrent le système du scrutin de liste, et déclarèrent que chaque électeur ne nommerait qu'un député, et cela pour le soustraire, autant que possible, à la tutelle illégitime des partis, et cela dans l'intention de proscrire les transactions scandaleuses qui pourraient en résulter entr'eux... Vaines précautions!

C'est également dans ce sens que la chambre des députés s'est prononcée dans les deux occasions où la question s'est présentée devant elle. La première fois, lors de la vérification des pouvoirs de M. De Vallon, nommé par le collège d'Ussel (V. *Moniteur* du... décembre 1837, p. 2521); la seconde, lors de celle de M. Parès, nommé par le collège de Prades (V. *Moniteur* du 21 décembre 1838, p. 2595).

Les rapporteurs chargés d'exprimer l'opinion de la commission sur la validité de ces deux élections, flétrirent en termes énergiques l'achat de parcelles de terre sans valeur dans un collège étranger au domicile de l'électeur, dans le but unique de s'y créer des droits électoraux; ils qualifièrent de manœuvre condamnable la coalition de plusieurs électeurs appartenant à divers collèges, et se réunissant afin d'acquiescer le même champ pour s'introduire dans un collège autre que celui de leur domicile.

Il est vrai qu'on objecte que dans les deux cas l'élection n'en fut pas moins validée par la chambre, et que l'avocat des défenseurs a ajouté que dès-lors le rapport de M. Teste et le petit discours improvisé de M. Dufaure importent peu.

Messieurs, nous ne comprenons pas qu'on puisse parler avec un semblable dédain de personnages consulaires, d'hommes aussi éminents par leur science, leur éloquence, placés à la tête des affaires du pays, leur soutien et leur espoir, dont l'un était l'organe officiel d'une commission de la chambre, dont la parole puissante de l'autre eut un tel rétentissement, qu'à une première épreuve la validité de l'élection de M. Parès fut déclarée douteuse; et cependant ces deux espèces étaient beaucoup plus favorables que celle soumise en ce moment à l'examen de la Cour. Car, à Ussel comme à Prades, l'acquisition était faite antérieurement au changement de domicile, par les électeurs en personne ou au moins par un mandataire ayant pouvoir spécial, de telle sorte que la lettre de la loi semblait avoir reçu son exécution, et qu'il ne restait plus pour la chambre qu'à rechercher l'influence que l'introduction de ces électeurs avait pu exercer sur la liberté des suffrages et sur le résultat de l'élection. Or, bien que la chambre soit investie d'un pouvoir à peu près dictatorial en cette matière, puisqu'il n'existe aucun pouvoir constitutionnel chargé de contrôler sa décision, il est cependant de principe qu'elle n'a pas compétence pour réviser les listes électorales (V. Cormenin, t. 3, p. 73). Aussi comprend-on parfaitement le vote de la chambre des députés dans les termes où la question se présentait devant elle, en présence des circonstances dans lesquelles avait eu lieu la translation de domicile des électeurs d'Ussel, froissés dans leurs prétentions légitimes, et du chiffre obtenu par M. Parès (1), qui excédait celui des électeurs étrangers ayant voté dans le collège à l'aide de la manœuvre condamnée.

Ici, Messieurs, permettez-nous d'établir de suite la dif-

(1) Nous devons dire que le *Moniteur* constate que M. Parès comme M. De Vallon, ont déclaré à la chambre avoir été étrangers à ces manœuvres.

118
 férence des attributions des corps judiciaire et législatif en matière électorale, car cette distinction bien établie nous aidera puissamment dans la solution de la question qui nous occupe, et en même temps répondra à l'excuse que les défendeurs balbutient en faisant entendre qu'ils n'ont fait qu'user de représailles, plusieurs électeurs ayant agi comme ils l'ont fait, l'année dernière, dans l'intérêt d'un autre candidat.

Messieurs, il y a une distance immense sous le rapport de la *légalité* entre les actes des uns et des autres. Les électeurs qui, l'année dernière, ont transporté leur domicile dans le collège *extra muros*, appartenaient tous au collège *intra muros* de la même ville; tous possédaient antérieurement des propriétés et payaient des impôts dans l'arrondissement *extra muros*; aucun n'en avait acheté dans le but de s'y créer des droits électoraux; évidemment leur translation de domicile était légale. Quant à la question de savoir si ce changement constituait une manœuvre, l'autorité chargée de la formation des listes électorales était sans compétence pour le décider; la chambre des députés seule, d'après le résultat du *poll*, aurait eu à s'en occuper.

Mais ce n'est pas ainsi qu'ont agi les électeurs dont l'inscription est aujourd'hui attaquée. Si le plus grand nombre habite l'arrondissement *intra muros*, nous les voyons se coaliser avec des habitants de Paris et de Saint-Malo pour acheter une propriété dérisoire dans l'arrondissement *extra muros* de Rennes, dans le but avoué de s'y créer une apparence de droits électoraux et d'y changer la majorité du collège. Indépendamment de la manœuvre électorale, il existe donc une autre manœuvre à l'aide de laquelle on veut fausser l'esprit de la loi sur la formation des listes; or, ce sont les actes sur lesquels on se fonde pour prouver le droit électoral qui sont aujourd'hui attaqués devant la Cour, que la Cour doit examiner et annuler s'ils lui paraissent entachés de fraude et contraires à la législation dont la garde et la loyale exécution sont confiés à sa haute indépendance.

Cela est si vrai que plus de 60 électeurs ont, cette année, déserté le collège *intra muros* pour le collège *extra muros*,

livrant peut-être le premier à un autre parti dans leur aveuglement, et qu'on n'attaque devant la Cour que l'inscription des 30 qui ont opéré leur translation à l'aide de deux actes de vente du 20 avril.

La position des électeurs qui ont transféré leur domicile l'année dernière et celle des électeurs dont la radiation est aujourd'hui demandée est donc essentiellement distincte aux yeux des tribunaux.

Nous disons des *tribunaux*, car ceux-ci n'ont à examiner que la légalité des actes, au moyen desquels la translation a lieu, à la différence du pouvoir législatif qui doit rechercher la loyauté, la moralité de la translation elle-même dans ses rapports avec l'élection dont la validité lui est soumise.

Ainsi donc, pour que la translation du domicile ait légalement lieu, il faut non seulement payer réellement un impôt dans l'arrondissement au moment où on fait la double déclaration voulue par la loi, mais encore que cette translation soit le fait volontaire, personnel de l'électeur, et non l'œuvre collective d'un parti, agissant au nom de cet électeur.

Ces conditions se rencontrent-elles dans la cause?

Voyons les actes sur lesquels les électeurs attaqués fondent leurs droits.

Le 20 avril 1841, jour de l'expiration des délais pour opérer la translation de leur domicile, le sieur Legraverend, que l'opinion publique présente comme le futur candidat des électeurs dont la radiation est demandée, achète par acte sous seing-privé des héritiers L...., pour lui et quatre autres pour lesquels il se porte fort, une parcelle de terre dans l'arrondissement électoral *extra muros* de Rennes, payant 3 fr. 96 c. d'impôt, soit pour chaque acquéreur 99 cent.

Le même jour, un sieur Baudier achète de la même famille et par un acte de semblable nature, pour lui et vingt-cinq autres pour lesquels il déclare se porter fort, une autre parcelle de terre payant 11 fr. 76 c. d'impôt, soit pour chacun 45 c.

Les clauses des deux actes sont curieuses à constater.

Ainsi, si la propriété est donnée aux acquéreurs à dater

du jour du contrat, on en a fait remonter la jouissance au 29 septembre précédent.

Ainsi les acquéreurs doivent payer la totalité des contributions de l'année courante.

Ainsi les titres relatifs aux deux ventes sont remis entre les mains du sieur Legraverend, l'un des acquéreurs de la plus petite parcelle.

Ainsi, dans l'impossibilité où on se trouve de régler les intérêts et la part afférente à chaque co-acquéreur, on déclare dans l'acte où vingt-six noms figurent, qu'ils s'entendront comme ils jugeront convenable pour le paiement du prix de fermage et pour l'exploitation avec les acquéreurs de l'autre parcelle.

C'est en vertu d'une propriété ainsi acquise que, le même jour 20 avril, sans que rien ne constate quelle est celle des deux opérations qui a précédé l'autre, tous ces acquéreurs, à l'exception du sieur Goubert père qui l'avait fait dès le 10 avril (c'est à dire à une époque où il ne possédait rien dans l'arrondissement *extra muros*) font ou font faire, par des fondés de pouvoir, leur déclaration de changement de domicile. Nous disons *font faire*, car on voit, à l'examen du registre de transfert de domicile, que quinze ont opéré leur déclaration par le même mandataire un sieur Hip. Roussel, deux par le sieur Legraverend, et neuf seulement par eux-mêmes, et cependant le plus grand nombre des électeurs habitaient Rennes et étaient sur les lieux.

L'examen de ce même registre constate encore que la plupart des procurations, écrites généralement par deux seules mains, sont des 14, 17, et 18 avril; c'est-à-dire d'une date où aucun des électeurs n'avait qualité pour la donner, puisque, si la déclaration eût été faite le jour où la procuration était donnée, cette déclaration n'aurait pu produire son effet, aucun électeur ne payant encore d'impôt dans l'arrondissement où on demandait son inscription.

Néanmoins sur la représentation de ces diverses pièces, les électeurs obtinrent leur admission sur la liste électorale de l'arrondissement *extra muros* de Rennes.

Mais bientôt le bruit se répandit que cette inscription allait être attaquée, et permettez-nous, Messieurs, d'en ar-

gumenter, car le fait est de notoriété publique, on indiquait même les moyens sur lesquels on se fondait pour intenter cette action.

Ce fut alors que les deux acquéreurs présents aux contrats pensèrent à régulariser leurs actes, et à faire ratifier les acquisitions par les personnes pour lesquelles ils s'étaient portés fort.

Un acte de ratification, toujours sous seing-privé, est rédigé en conséquence au nom des vingt-cinq personnes dont le sieur Baudier s'était constitué le mandataire verbal dans son acte du 20 avril; mais bien que cet acte de ratification porte la date du 28 août, à celle du 28 septembre, jour de son enregistrement, il ne se trouve signé que par vingt-deux.

Quant aux autres ratifications, elles n'ont été remises que depuis l'instance devant la Cour; datées des 25 août, 3, 26 et 27 octobre 1841, elles n'ont été déposées dans notre cabinet que le 5 novembre, et aucune n'est même enregistrée.

C'est cependant sur ces ratifications qu'on se fonde aujourd'hui pour faire déclarer les électeurs propriétaires à la date du 20 avril, en vertu des dispositions de l'art. 1338 du code civil.

La ratification principale enregistrée le 28 septembre porte avec elle le cachet de son but comme de son impuissance.

Pourquoi en effet, datée du 28 août, n'est-elle enregistrée que le 28 septembre? Pourquoi, à cette dernière date, n'est-elle signée que par 22 des électeurs, bien que formulée au nom des vingt-cinq? — Pourquoi, Messieurs, c'est que, dès le 27 septembre, le sieur Chauvin des Orières, tiers électeur inscrit sur la liste du collège *extra muros*, avait lancé son assignation en radiation et l'avait notifiée au sieur Legraverend. — Dès lors, nécessité de donner une date certaine de la ratification dans l'état où elle se trouvait, et c'est ce qu'on fit le lendemain 28 par l'enregistrement.

Le 12 octobre, le Préfet, en conseil de préfecture, maintint l'inscription. — Son arrêté fortement motivé se fonde principalement sur ce que la vente est réelle, sérieuse; sur ce qu'elle a été ratifiée par la demande d'inscription et le transfert de domicile; sur ce que, s'il résulte des circonstances des présomptions de fraude, la Cour seule peut forcer

les électeurs au serment; sur ce qu'enfin la lacune de la loi ne saurait être comblée par le fait de l'administration obligée de l'exécuter dans l'état où elle se trouve.

Messieurs, nous ne pouvons partager l'opinion de M. le Préfet, et tout en étant le premier à reconnaître ce que peut avoir de grave la décision d'un magistrat aussi éclairé et aussi estimé, nous croyons qu'il a appliqué à la cause des principes qui ne sont pas ceux de la législation qui en commande la décision.

Nous nous hâtons de le prouver :

Toute l'argumentation des électeurs inscrits repose sur une exécution de la *lettre* de l'art. 10 de la loi de 1831, et voici leur raisonnement : nous avons acquis ou on a acquis en notre nom, le 20 avril; le même jour, nous avons opéré notre translation de domicile; ceux pour lesquels on s'était porté fort ont ratifié postérieurement; donc nous payions une contribution directe au moment où nous avons déclaré opérer notre translation de domicile, et aujourd'hui nous justifions de six mois de possession, puisque la ratification a eu pour objet de faire remonter notre possession à la date des actes de vente. — Puis, le sieur Chauvin des Orières n'est pas tiers dans le sens de l'art. 1338 du code civil, et par conséquent n'a pas qualité pour attaquer la validité de nos actes.

Messieurs, ces propositions sont fausses, et nous espérons pouvoir vous démontrer :

En droit,

1.^o Que les électeurs attaqués ne payaient réellement pas une contribution directe dans une des communes de l'arrondissement *extra muros*, lorsqu'ils ont déclaré vouloir y transférer leur domicile;

2.^o Qu'ils n'ont pas la possession de six mois voulue par la loi;

3.^o Que le sieur Chauvin des Orières est un tiers ayant qualité pour attaquer l'inscription;

En fait,

Que les actes d'acquisition du 20 avril sont entachés de fraude et de simulation.

1.^{re} PROPOSITION.

Les électeurs attaqués payaient-ils une contribution dans l'arrondissement extra muros de Rennes, lorsqu'ils ont déclaré vouloir y transférer leur domicile?

Nous ne reviendrons pas sur les principes exposés au début de cette plaidoirie. — Vous les avez présents à la mémoire; mais nous devons les compléter par la position de règles non moins importantes.

Nous avons indiqué la différence qui existe entre les attributions des corps judiciaires et législatifs en matière électorale; maintenant rappelons la nature des attributions des tribunaux d'après cette législation.

Les cours ne statuent pas comme cours d'appel sur la formation des listes électorales, c'est là un point certain; mais comme investies, dans un intérêt de garantie, des pouvoirs confiés antérieurement au Conseil d'Etat; les cours statuent comme haut pouvoir administratif; ainsi elles ne prononcent pas sur la décision du Préfet, mais entre le Préfet et le réclamant, ou entre le tiers et l'électeur attaqué (1).

De même les cours ne doivent avoir recours aux principes du droit commun, qu'autant que ces principes ne reçoivent pas d'exception de la législation spéciale qui régit la matière, parce qu'il ne s'agit pas de droits civils, mais de l'exercice de *droits politiques*, réglé par des lois spéciales (2).

Ainsi la législation électorale toute de bonne foi (*bonæ fidei*) a pour base un système qui tend, en s'efforçant de faire jouir du bienfait de la loi tous les droits sérieux, à éviter de trop brusques modifications dans la formation de

(1) (Favard de Langlade, législat. électorale, p. 24, 217, 221 et suiv. — Rapport de M. De Chasseloup-Laubat lors de l'élection de M. Parès. — Arrêts de cassation du 22 fév. 1830, — du 15 juin 1837, — de Toulouse, du 23 novembre 1836, — de Montpellier, du 29 novemb. 1839, — de Douai, du 31 décembre 1840).

(2) V. mêmes autorités.

ses éléments, comme aussi à mettre obstacle aux fraudes qui pourraient se cacher sous l'apparence de droits sérieux.

Ce système est celui de la permanence des listes. De la permanence des listes naît la nécessité d'indiquer des époques où doivent se constater tous les droits nouveaux acquis, tous les changements survenus dans les droits anciens, pendant l'année qui s'est écoulée depuis la dernière formation ou révision des listes.

De la permanence des listes, la nécessité encore de remplir dans les délais fixés par la loi toutes les formalités qu'elle indique, afin de figurer sur les listes de l'année courante. — En dehors de ces délais, à défaut de l'accomplissement de ces formalités, l'exercice des droits politiques est suspendu jusqu'à la nouvelle révision des listes (1).

Tels sont les principes en cette matière; faisons-en maintenant l'application à l'espèce.

L'art. 10 de la loi de 1831 sur la translation du domicile, impose pour première condition à celui qui veut user de ce privilège, de payer une contribution directe dans l'arrondissement où il veut transporter son domicile politique; il faut donc que l'acquiescement de l'impôt soit *antérieur* et prouve le droit de l'électeur à transférer son domicile. C'est une première garantie ayant pour but d'empêcher les mutations improvisées, car le seul objet de la loi est de permettre à l'électeur *payant des impôts dans plusieurs arrondissements*, d'exercer ses droits dans le lieu où il le croirait le plus utile à ses intérêts, et pour la manifestation de ses opinions. Mais acheter une parcelle de terre sans valeur réelle, dans l'intention seulement de se créer un moyen de s'introduire dans un collège où on n'avait *antérieurement* aucun intérêt, c'est renverser la proposition de la loi.

Notre interprétation est la seule *logique*, la seule *morale*; autrement la loi ouvrirait la porte à toutes les fraudes; la cause n'en offre qu'un trop funeste exemple.

Au moment où les électeurs attaqués ont déclaré trans-

férer leur domicile, *payaient-ils* une contribution directe dans l'arrondissement *extra muros* de Rennes?

Non.

D'abord ils n'étaient pas inscrits sur le rôle des contributions de cet arrondissement (1).

Mais en admettant que la mutation n'eût pas encore été faite, ce qui peut arriver sans faute des nouveaux propriétaires, du moins aurait-on pu exiger d'eux le paiement de l'impôt?

Non.

Car, aux termes des actes mêmes du 20 avril, Legravend et Baudier étaient seuls propriétaires apparents. Les vingt-huit autres personnes pour lesquelles ils s'étaient porté fort n'ayant pas encore ratifié n'étaient pas propriétaires, puisqu'ils étaient libres de répudier comme d'accepter ce qui avait été fait en leur nom, mais sans leur mandat spécial (V. art. 1119 et 1120). Ils n'avaient donc qu'un droit *éventuel* à cette propriété, non un droit *acquis*, *possédé*.

On produit, il est vrai, un certificat duquel on veut tirer la conséquence que *les intimés paient une contribution directe à Mordelles*.

Le certificat ne dit pas cela : il commence par inscrire comme propriétaire le sieur L..., *vendeur*, et le percepteur certifie à la date du 7 *juillet* 1841 que la contribution doit être comptée au sieur L...; de son côté, le Maire atteste, à la date du 14 juillet, que les biens n'ont été ni aliénés ni vendus; comment donc au 20 avril aurait-on pu en compter les impôts aux électeurs dont la radiation est demandée? Il est vrai que derrière le bordereau se trouve une annotation indiquant la vente faite le 20 avril, la répartition de l'impôt qui en résulte pour chaque partie prenante, et cette répartition est signée sincère par le maire seulement.

D'abord le maire qui n'a fait que signer une annotation qui n'est ni de sa main, ni de celle du percepteur, ne pouvait le faire à la date du 14 *juillet* sans tomber en contradiction avec lui-même, puisqu'il venait d'attester, le même

(1) V. Favard de Langlade, législat. élect. p. 217, arrêts de cassation, du 5 juin 1834, — de Douai, du 13 nov. 1837.

(1) V. Favard de Langlade, législat. élect. p. 23 et 36, n. 11 et 18.

jour, que le bien n'avait été ni vendu ni aliéné. — Il y a même là quelque chose de difficile à expliquer; de plus il ne pouvait à cette date attribuer aucune part d'impôt à toutes les personnes pour lesquelles on s'était seulement porté fort dans les actes du 20 avril, puisqu'au 14 juillet aucune n'avait encore ratifié et par conséquent ne possédait.

Enfin cette annotation ne peut détruire la force due au certificat du percepteur, qui justement a pour but de faire connaître à qui l'impôt doit être compté, lorsque la matricule ne porte pas encore le nom de celui qui paie actuellement l'impôt.

Ces vingt-huit électeurs ne payaient donc pas réellement d'impôts au 20 avril dans l'arrondissement *extra muros*. Or c'est à cette date qu'il faut se reporter pour savoir s'ils étaient ou non propriétaires, ou pour mieux dire, s'ils payaient ou non des impôts, car c'est à la possession encore plus qu'à la propriété que la loi s'attache comme nous le verrons bientôt, et non à des actes postérieurs qui ne peuvent avoir aucune influence pour la jouissance des droits électoraux, pendant l'année qui commence à courir du 20 avril pour le changement de domicile, puisque c'est la limite extrême des droits de cette nature qui peuvent concourir à former la liste électorale de l'année courante.

Cependant on insiste et on soutient avec l'art. 1338 du code civil que la ratification postérieure a eu pour effet de faire remonter la propriété à la date du contrat d'acquisition, et que dès-lors par cette fiction légale, on doit être considéré comme propriétaire à la date du 20 avril et payant l'impôt à cette époque.

C'est ici que naît la confusion qu'on voudrait établir entre les principes du droit commun et les principes du droit électoral; mais comme ce moyen est commun à cette proposition et à celle qui suit, nous aborderons sur-le-champ celle-ci pour nous répéter le moins possible et ne pas trop abuser de vos précieux instants.

2.^e PROPOSITION.

Les électeurs attaqués justifient-ils d'une possession de six mois?

Nous disons que les électeurs attaqués ne justifient pas

de la possession de six mois exigée par la loi, et au point où nous sommes rendu, la justification de cette assertion comportera peu d'efforts.

Sur quoi s'appuient les électeurs pour justifier leur possession? toujours sur *leurs actes de ratification* (art. 1338 code civil).

Mais ceux qui ne produisent que des chiffons de papiers informes, sans date certaine, postérieurs à la clôture définitive des listes, ne pourraient jamais en argumenter. — Quant à l'acte du 28 septembre, on ne saurait l'étayer de l'art. 1338, parce que cet article ne saurait être appliqué dans l'espèce.

Il ne s'agit pas de régler les effets civils des actes du 20 avril entre les vendeurs et les acquéreurs, de couvrir les vices de forme qui pourraient exister dans les actes, car l'art. 1338 n'a pas d'autre extension, mais de déterminer les effets que ces actes peuvent avoir sur l'exercice des droits politiques des prétendus acquéreurs, mais de savoir si en vertu des actes d'acquisition et de ratification on a pu se faire inscrire sur les listes électorales de 1841-1842.

Or, aux subtilités et aux fictions de la loi civile, la loi électorale a substitué des actes *ostensibles*, des faits palpables en quelque sorte; en un mot la *possession effective*, certaine, à une époque déterminée.

Nous disons *possession*, car c'est au fait de possession que la loi électorale attache la capacité électorale; cela ressort de son esprit général, cela résulte de la combinaison de ses divers textes.

Ainsi pour l'inscription sur la liste électorale, il faut, dit l'art. 7, que la propriété ait été *possédée* avant le commencement des opérations de révision de la liste, comme pour opérer la translation de domicile il faut six mois de *possession*. La condition est plus sévère pour la translation que pour la première inscription, parce que, dans le premier cas, le droit sera toujours exercé, qu'il ne s'agit plus que d'une faveur accordée à l'électeur, et qu'au moment de la déclaration il faut pouvoir justifier d'un paiement actuel de l'impôt, ce que commandait la disposition de la loi.

C'est si bien la possession que la loi considère, qu'aux termes de l'art. 6, c'est au père et au mari que compte l'impôt, tant qu'il a la JOUISSANCE du bien du fils ou de la femme.

Toujours la jouissance, toujours la possession.

La seule conséquence qu'on puisse tirer des actes du 20 avril et de la ratification du 28 septembre, c'est que par cette ratification la vente est devenue parfaite entre tous ceux qui ont concouru à ces divers actes, qu'entre eux ils ont couvert tous vices de forme. Mais on ne saurait soutenir avec ces actes que les *ratificateurs* ont possédé *réellement, effectivement*, le 20 avril, qu'ils avaient des droits acquis à cette date, lorsque leurs titres mêmes prouvent le contraire; lorsqu'aujourd'hui encore rien ne constate la mise en possession des vingt-huit électeurs qui ont ratifié (1).

Il faut donc encore décider que les électeurs attaqués ne justifient pas de la deuxième condition imposée par la loi, celle d'une possession de six mois.

3.^e PROPOSITION.

Chauvin des Orières a-t-il qualité pour demander la radiation des électeurs dont il attaque l'inscription sur les listes de son collège?

Il semble qu'il suffit de lire l'art. 25 de la loi électorale pour résoudre cette question.

Cependant on conteste ce droit au sieur Chauvin des Orières, en déplaçant la question et en déclarant qu'il n'est pas tiers dans le sens de l'art. 1338 du code civil et que dès-lors il n'a que faire dans cette mêlée.

C'est avec peine que nous avons vu traiter si légèrement l'homme exerçant le mandat public que la loi a confié à tout tiers électeur, car c'est dans un intérêt public que la loi a placé la sincérité, le contrôle des listes électorales sous la sauve-garde des électeurs.

(1) V. arrêt de la Cour de Paris du 29 novembre 1829, Dalloz, 1250. 2. 415.

L'intérêt du sieur Chauvin des Orières est de la même nature que celui des défendeurs, et lorsque ceux-ci paraissent si jaloux de leur exercice, il y a plus que de la mauvaise grâce à faire si peu de cas du droit des autres; il faut au moins liberté de défense pour toutes les parties.

C'est justement parce que le sieur Chauvin des Orières a un intérêt de la même nature que celui des électeurs attaqués, qu'il est apte à leur demander la justification de leurs droits à se faire inscrire sur les listes de son collège.

Il y a dans la dénégation du droit du tiers électeur une perpétuelle et étrange confusion du droit civil avec le droit électoral.

En effet, nous l'avons déjà dit, et ce raisonnement se reproduit sans cesse parce qu'il régit toute la cause, il ne s'agit pas de savoir avec l'art. 1338 si, comme le disent les défendeurs, le défaut de pouvoirs suffisants de la part des mandataires est couvert par la ratification donnée par le mandant, et si le tiers est inhabile à arguer de ce vice parce qu'il ne constitue qu'une nullité relative du contrat du 20 avril; mais il s'agit de savoir si le tiers électeur a le droit de demander la radiation des électeurs indûment inscrits sur la liste de son collège; or, ce droit il le puise non dans l'art. 1338 du code civil sans aucune application à la matière, mais dans l'art. 25 de la loi du 19 avril 1831.

Il y a plus, le tiers électeur attaque l'inscription à un double point de vue; sous le premier, il admet que les actes sont sérieux, mais il soutient que, tels qu'ils existent, ils ne peuvent donner le droit aux personnes qui y figurent, seulement en nom, de transférer leur domicile à la date du 20 avril, par conséquent d'être inscrits sur les listes de son collège pour l'année 1841-1842.

Sous ce rapport, l'argumentation est aussi simple que concluante. Il résulte, en effet, des actes produits, qu'au moment de l'action du tiers, 27 septembre, aucune ratification n'était encore intervenue, par suite aucune des parties pour lesquelles on s'était porté fort dans les actes du 20 avril, ne pouvait se prévaloir des impôts prove-

nant de la propriété achetée en leur nom, puisqu'en admettant que la ratification du 28 septembre soit sérieuse, elle a bien pu rendre les personnes qui l'ont souscrite propriétaires, et faire remonter leur propriété civile, vis-à-vis du vendeur et de leur mandataire, au 20 avril, mais elle n'a jamais pu faire remonter leur *possession de fait*, cette possession ayant au plus tôt commencé le jour de la ratification, par conséquent trop tard pour être inscrit sur les listes électorales.

Aussi l'arrêté administratif se base moins sur les actes de ratification qui sont postérieurs à la première inscription, que sur les procurations données par les électeurs pour opérer leur translation de domicile; ce motif n'est que spécieux, car au moment où ces procurations étaient signées les 14, 17 et 18 avril, la propriété n'était pas même achetée, et l'eût-elle été, les personnes qui ne figuraient qu'en nom aux actes de vente ne l'avaient pas acquise, encore moins possédée, tant qu'elles n'avaient pas ratifié le fait du portant fort; il y a bien là une intention indiquée (si toutefois les procurations ont été données volontairement, et ne sont pas le fruit d'obsessions plus ou moins géminées); mais de l'intention à l'accomplissement de la condition légale, la distance est grande, et ce n'est que par une confusion des deux conditions distinctes de la loi : *paiement préalable de l'impôt et transfert postérieur du domicile*, que ce motif a pu être pris en considération; or, ce n'est pas une simple intention manifestée d'une manière indirecte que veut la loi, mais bien un *fait* constaté par des actes accomplis.

Sous le second rapport, Chauvin des Orières attaque, il est vrai, la validité même des actes du 20 avril, leur sincérité, mais c'est toujours au point de vue de son action, et on ne saurait lui méconnaître ce droit sans violer la loi électorale dans un de ses principes constitutifs. — L'examen du bien fondé de ce moyen sera l'objet de notre quatrième proposition.

Il y a plus : les intimés veulent-ils, malgré tous les principes sur la matière, se maintenir exclusivement sur le terrain du droit commun et argumenter de l'art. 1338?

On ne comprend pas alors qu'ils en interdisent la discussion à leur adversaire, sous le prétexte qu'il n'est pas le tiers dont parle cet article; il n'y a pas là d'esprit de justice, et certes la Cour ne fera pas une interprétation aussi peu équitable; car de même que les intimés argumentent de cet article pour prouver leur droit à être inscrits sur les listes électorales du collège *extra muros*, en vertu de leur acte de ratification, de même leur adversaire peut leur répondre que cet article ne s'occupe que des vices extérieurs des actes et de leur inefficacité quant aux vendeurs, acquéreurs, mandants et mandataires par l'effet de la ratification de ces derniers, et non des droits *politiques* que les actes peuvent conférer; que, dès qu'on examine la vertu des actes sous ce rapport, il devient le tiers dont parle la loi; autrement il n'y aurait pas parité entre l'attaque et la défense; autrement il y aurait lacune et inconséquence dans la loi qui, en accordant un droit, ne concéderait pas les moyens légaux de le soutenir. — Néanmoins, hâtons-nous d'ajouter que ce raisonnement est tout hypothétique de notre part, que nous persistons à soutenir que l'art. 1338 est inapplicable à la cause; au besoin nous trouverions même un nouvel argument en faveur de cette thèse dans l'objection des adversaires du sieur Chauvin, parce que le bon sens seul ferait reconnaître qu'on ne peut se retrancher dans une disposition dont une seule partie pourrait argumenter.

Il faut donc décider que le sieur Chauvin des Orières est un tiers ayant qualité pour rechercher la validité et la force des actes sur lesquels les défenseurs se sont fondés pour réclamer leur inscription sur le collège dont fait partie ce tiers électeur.

4.^e PROPOSITION.

Les actes d'acquisition du 20 avril sont-ils sérieux, ou au contraire entachés de simulation et de fraude?

C'est surtout en matière électorale que la bonne foi doit dominer. Aussi en Angleterre (1), comme aux Etats-

(1) Il vient de se passer en Angleterre un fait qui prouve

Unis (1), le premier serment que prête l'électeur, c'est qu'il possède de bonne foi, *bonæ fidei*.

Les cours ont donc le droit de rechercher si les actes qu'on leur présente sont simulés, empreints de fraude (2).

Par suite, elles ont le droit d'en rechercher la validité, la sincérité.

Par suite encore, le tiers électeur qui attaque l'inscription faite en vertu de ces actes, a le droit d'en prouver la simulation et la fraude.

toute la force de ce principe. M. O'Connel, comme lord maire de Dublin, et le conseil de ville avaient donné des lettres de franchise de ville (droits de cité) à plusieurs centaines d'habitants, afin de leur donner droit de voter lors des élections; cette décision ayant été attaquée par le procureur de la reine, la cour du banc du roi a déclaré qu'il y avait excès de pouvoir, parce qu'elle avait été prise en vue des prochaines élections, et qu'on ne pouvait admettre au serment de *bonæ fidei* les personnes devenues ainsi électeurs.

(1) Aux Etats-Unis, où les seules conditions pour être électeur sont généralement d'être citoyen américain, d'avoir 21 ans et de n'avoir pas perdu ses droits civils par une sentence criminelle, il est cependant quelques états où on exige la possession de propriétés; ainsi dans l'état de Vermont, où le revenu annuel de la propriété doit être de 15 fr. au moins, quelques électeurs avaient cédé en 1839 plusieurs parcelles de terre à d'autres personnes pour les constituer électeurs; l'orateur public ayant dénoncé cette manœuvre à la cour du comté, cette cour reconnut que le fait de *possession* était le signe extérieur du droit, et décida que les officiers électoraux avaient le droit d'interroger les parties sous serment sur la réalité et la bonne foi de cette transaction. Sur l'appel devant la cour suprême, cette cour jugea que le serment devait être déféré aux acquéreurs, si les demandeurs en annulation des actes ne pouvaient pas faire la preuve de la simulation de l'acquisition; la cour déclara en outre que cette preuve résulterait des circonstances suivantes : 1.^o que la propriété ne pouvait donner aucun avantage réel à l'acquéreur; 2.^o que celui-ci n'en était pas en possession (littéralement *ne s'en occupait pas*). La cour enjoignit enfin au procureur de l'état de poursuivre pour parjures celles des parties qui auraient fait un faux serment.

(2) V. arrêts de la Cour de Toulouse du 30 novem. 1840, Dalloz, 1841. 2, 98. — A cet arrêt il faut joindre ceux de la Cour d'Aix du 18 octobre 1841, — de la Cour de Bourges du 5 décembre 1841, et de Pau du 18 du même mois.

Dans l'espèce, la fraude et la simulation sont-elles prouvées?

Nous vous avons fait l'exposé des faits, des clauses des contrats, des circonstances dans lesquelles ils ont été passés. — Il suffit maintenant de les récapituler et de les grouper pour en tirer la conséquence.

Dégageons d'abord le débat d'un jeu de mots, qui peut faire *illusion*; on dit que la vente est réelle, que les vendeurs ont touché le prix, qu'ils ont délivré la propriété à leurs acquéreurs, dès-lors que les actes de vente sont sérieux. — Tout cela est vrai, mais ce n'est pas la question, car c'est comme *acquisition* et non comme *vente* qu'il faut envisager les contrats du 20 avril, parce qu'il s'agit d'apprécier les droits électoraux que cette acquisition confère aux acquéreurs; or la véritable question est celle de savoir si l'acquisition est sérieuse de la part de tous ceux qui figurent aux actes, ou bien si un seul ou deux ont acquis, et si les autres, en tout ou en partie, ne sont que des hommes plus ou moins complaisants, qui, dans un intérêt de parti, auraient consenti à donner leurs noms pour se créer des droits, sans bourse délier. — Voilà la question. Bien posée, la solution est facile.

Deux personnes figurent seulement aux contrats du 20 avril; l'une d'elles est celle que l'opinion indique comme le futur candidat des électeurs pour lesquels elle se porte fort; cette personne achète la moindre parcelle de terre, et c'est à elle que les titres de propriété des deux acquisitions sont remis; c'est avec elle que les vingt-six acquéreurs qui figurent dans le second contrat doivent s'entendre aux termes mêmes de ce contrat, comme bon leur semblera, pour tourner le prix du fermage de leur propriété; aucune garantie ne leur est donnée à cet égard, et tout concourt dans les clauses pour démontrer que, s'il y a deux contrats ostensibles, en réalité l'acquisition est faite par un seul.

Les contrats prouvent encore que l'acquisition n'a pas eu lieu dans le but de devenir propriétaire, mais bien de se créer un droit à l'inscription sur les listes du collège de la situation de l'immeuble.

Ainsi ces contrats nous présentent trente individus, dont quelques-uns habitent Paris et Saint-Malo, se

réunissant pour acheter en commun, dans un canton où la plupart n'a aucun intérêt, deux parcelles de terre qu'ils ne pourront jamais posséder indivisément, parce qu'elles sont impartageables, sans valeurs réelles pour chaque acquéreur, d'un si minime revenu, que réparti sur tant de têtes il devient dérisoire et ne peut constituer un intérêt réel et sérieux dans l'arrondissement.

A ces présomptions si graves, si concluantes, viennent s'en joindre d'autres tirées de la conduite des personnes pour lesquelles on s'est porté fort dans les deux contrats, et qui prouvent qu'aucune n'est peut-être encore en possession.

Ainsi, quels sont donc ces acquéreurs si peu soucieux de leurs droits de propriété qui, pour ratifier l'acquisition faite en leur nom, attendent qu'un tiers électeur attaque leur inscription?

Ainsi, quel est surtout cet acquéreur (Delamarre), qui après avoir acquis pour se donner le droit de transférer son domicile, recule devant les conséquences de son acquisition et refuse de réclamer sa translation lorsqu'il voit l'acte attaqué?

Ainsi, quels sont ces citoyens si désireux de transférer leur domicile, qui ne le font, bien qu'habitant en grande partie la ville de Rennes, qu'en signant des procurations et une ratification collective écrites d'avance, et qui se constituent ainsi en frais, qu'ils pouvaient éviter en se présentant eux-mêmes au greffe du tribunal?

Ainsi, quels sont ces citoyens si jaloux de leurs droits, qui, lorsque leurs actes sont attaqués pour cause de simulation, laissent tous défaut devant la Cour, à l'exception du sieur Legraverend et de quatre autres?

Ces faits parlent bien haut, et lorsqu'il s'agit de rechercher la sincérité des actes, d'en apprécier la validité, ils doivent peser d'un grand poids dans vos consciences. Car, Messieurs, si le pouvoir législatif a seul autorité pour annuler l'élection faite par suite d'une coalition immorale d'électeurs, transportant en masse leur domicile politique dans un arrondissement où ils n'ont aucun intérêt; si les cours ne peuvent même annuler l'inscription d'un électeur parce qu'il ne paierait que quelques centimes d'impôt, dès qu'il

a un titre antérieur et sérieux de propriété, elles doivent au moins rechercher si les actes qui sont produits devant elles, et en vertu desquels on demande l'inscription sur les listes électorales, sont constitutifs d'une véritable propriété, acquise par chaque partie *animo domini*, et suivie d'une prise de possession effective et réelle, donnant la jouissance des droits politiques qui lui sont attachés; elles doivent surtout argumenter du défaut de valeur de la propriété comme présomption de fraude.

Eh bien! dans la cause, en présence des circonstances que nous venons de rappeler, qui osera dire que les divers actes sur lesquels les défendeurs se fondent pour asseoir leurs droits soient sérieux à l'égard de tous? que chaque électeur spontanément et à la date du 20 avril y a concouru par son fait volontaire? Tout, au contraire, ne se réunit-il pas pour démontrer que la plupart, entraînés par des influences étrangères, ont d'abord consenti à prêter leur nom, et qu'engagés par ce premier pas, tous, sauf un seul, n'ont osé reculer et ont été conduits à ratifier ce qui avait été fait en leur nom, qu'en un mot d'électeurs libres dans le collège de leur domicile, ils sont devenus des instruments pour opérer une manœuvre dans un intérêt de parti?

Aussi, si nous nous trompons, ce que nous désirons vivement pour l'honneur de notre pays, qu'ils viennent prêter un serment, mais un serment non équivoque, mais un serment qui par lui-même soit une garantie de la validité et de la sincérité des actes, en un mot, un serment ainsi conçu :

1.^o Que, le 20 avril dernier, jour du contrat, l'électeur avait donné mandat au sieur Legraverend ou au sieur Baudier d'acheter en son nom une partie quelconque de la propriété mentionnée audit contrat, et en vertu de laquelle il a transféré son domicile politique dans l'arrondissement rural de Rennes;

2.^o Qu'il a eu, dès le 20 avril, la pleine et entière possession de la propriété qu'il a acquise;

3.^o Qu'il en a, depuis ledit jour, perçu les revenus, acquitté les impôts;

4.^o Qu'il a remboursé au sieur Legraverend, de ses deniers, le montant de son acquisition, frais et loyaux coûts;

5.° Qu'il s'en regarde comme propriétaire légitime, sérieux, incommutable.

Objecterait-on que le serment ne peut se prêter dans les matières d'ordre public ?

Nous répondrons en droit :

1.° Qu'il faut distinguer entre le serment *décisoire* et le serment *supplétif* (art. 1357, 1366 c. civ.). Que, s'il est de principe que le serment *décisoire* ne peut être déferé dans les manières où on ne peut transiger, ici le serment aurait lieu non sur la qualité d'électeur, mais bien sur la *simulation* des actes, matière qui le permet essentiellement (V. Toullier, t. 10, p. 489).

2.° Qu'il ne s'agit ici que du serment *supplétif*, qui, ordonné par le juge, n'a rien qui le rapproche de la transaction, et au contraire l'exclut puisqu'il peut être ordonné d'office (V. aussi Toullier, t. 10, n.° 398).

En fait : nous ne pouvons supposer que les hommes qui se donnent la mission d'éclairer un collège *plongé dans l'aveuglement*, se refusent à prouver par serment qu'ils sont eux-mêmes électeurs sérieux et réels de ce collège, qu'ils y entrent par une voie loyale et légale ; car, Messieurs, il ne faut pas que, quand on s'élève avec tant de force contre l'intrigue, la fraude et la corruption qui infecteraient les élections, on vienne substituer à la libre expression de l'opinion individuelle de chaque électeur, le mot d'ordre d'un parti s'introduisant furtivement ou violemment dans un collège pour y imposer le candidat de son choix ; il ne faut pas qu'on détourne par des manœuvres condamnables des électeurs de leur collège naturel, et qu'on en fasse les instruments de ses passions ; autrement il n'y aurait plus de liberté d'élections, et ce serait alors que la représentation nationale serait faussée. Aussi, Messieurs, permettez-nous en terminant de vous montrer les funestes conséquences des doctrines que nous combattons, et de l'interprétation qu'on s'efforce de vous faire donner à la loi.

Avec cette interprétation la majorité des collèges serait toujours flottante, incertaine, livrée aux manœuvres plus ou moins habiles des partis ; le principe de la permanence

des listes serait détruit ; ces listes ne constateraient jamais la véritable force des collèges ; cent, deux cents électeurs ratifiant des actes auxquels ils n'auraient pas concouru, pourraient y faire invasion, sauf à se rejeter l'année suivante sur un autre collège ; il y a plus, qu'une caisse soit établie dans l'intérêt d'un parti, et avec une somme peu considérable, des minorités renforcées d'électeurs *nomades* en proportion du besoin, opprimeront les majorités réelles et imposeront des candidats qui ne représenteront plus la véritable opinion du pays.

Rien de plus grave. Vous ordonnerez donc, Messieurs, la radiation des électeurs inscrits en vertu des deux actes d'acquisition du 20 avril 1841 ».

(Voyez l'arrêt, en date du 17 novembre 1841, au Recueil t. 15, 1.^{re} part. pag. 329.)

II. XVI.^e siècle. — Droit romain. — Féodalité. — Conquêtes juridiques. — (Suite. — V. tom. II, pag. 549).

L'enthousiasme qu'excita la connaissance des lois romaines fut tel que l'étude du droit canonique se vit menacée d'une complète désertion. Les décrétales d'Honorius ont été le sujet de nombreuses discussions. On les a diversement appréciées. Ne pourrait-on pas dire que le pouvoir pontifical entrevoyait dans cette nouvelle pâture de l'esprit humain un germe d'examen périlleux et schismatique ? La Rome chrétienne craignait peut-être un retour à des notions qui ne pouvaient être sans danger pour la foi. Quoi qu'il en soit, les défenses papales ne firent point obstacle au zèle qu'inspirait la législation de Rome païenne. Dumoulin, sur ces décrétales prohibitives, n'écrivait-il pas : « *Ego verò dico quod non habuit* (le pape) *potestatem statuendi, nec prohibendi in regna Franciæ, sive laicis, sive clericis, aut aliis, quia regnum Franciæ nullo modo dependet à papâ* ». L'art. 39 de l'ordonnance de Blois n'eut pas plus de succès que la prohibition d'Honorius. L'étude du droit romain se continua

sur tous les points du royaume. Merille, Duaren, Bau-doin, Conte, Donneau, Hotman, Godefroy, Jules Pace, Cujas surtout, vulgarisaient par leurs enseignements une science qui descendait bientôt des hauteurs de l'entendement jusque dans la pratique.

Chacun protestait de l'excellence de cette législation ressuscitée. Dumoulin, dans son traité des fiefs, titre premier, n.º 110, dit, en parlant du droit romain, qu'il est « *tam æquum, tam rationabile, et undequaque absolutum, ut omnium fere christianarum gentium usu et approbatione commune sit effectum* ». Cette pensée devait avoir des échos. Coquille, Loyseau, Alberic Gentil, Mornac professaient la même admiration. Cujas fut l'agent par excellence de cette propagande.

La parole des savants descendit de la chaire dans le barreau. Ecoutez Lemaitre : « N'est-il pas raisonnable, » dit-il en son deuxième plaidoyer, qu'au défaut de nos coutumes on suive le droit romain, ce recueil si mer- » veilleux de la prudence de tant de sages, qui ne se » sont pas arrêtés à des usages particuliers, mais à la » justice générale; qui ont établi les lois qu'ils ont jugées » les plus utiles aux hommes, et ont écrit la sa- » vante de tous les états, comme Salomon a écrit la sa- » gesse divine du ciel?.... » — Et ailleurs, même plai- » doyer : « N'est-il pas juste que, dans le silence de nos » coutumes, nous écoutions la voix de ces grands génies » de jurisprudence et de politique; que, les exceptions » cessant, nous reprenions la règle générale; que, les » ruisseaux étant séchés, nous allions puiser à l'océan; » que, notre providence particulière se trouvant défec- » tueuse, nous ayons recours à cette providence univer- » selle qui embrasse toutes les parties de la vie sociale; » et que, nos oracles devenus muets, nous allions con- » sulter ce grand oracle étranger qui rend ses décisions » dans le temple saint que la sagesse romaine a con- » sacré à la justice » ? Sauf l'amplification, défaut de l'é- » poque, et dont les écrivains militaires étaient presque » seuls exempts, la pensée de Lemaitre est belle et sa » phrase bien soutenue.

Patru ne tarit pas d'éloges pour le droit romain; à chaque page c'est une citation. La loi, pour Patru, n'est pas la coutume de Paris, c'est le Digeste. Pour lui, les vrais jurisconsultes sont les sages de l'ancienne Rome (sixième plaidoyer). Ulpien, Papinien et Cujas font, avec quelques Pères de la primitive Eglise, tous les frais de son érudition.

Le mouvement législatif ne pouvait rester en dehors de cette impulsion générale. Les conseils de nos rois se peuplaient alors de jurisconsultes. Brisson était le favori de Henri III. La coutume et l'ordonnance ressentaient l'influence du principe nouveau. Le droit romain devint le droit commun, sauf l'exception de la coutume et de l'ordonnance. Les citations abondent (1). A la fin du dernier siècle, un jurisconsulte breton, Poullain-Duparc, liv. 1.^{er}, n.º 5, disait : « A l'égard du droit commun, en matière » civile, son principal fondement est dans le droit ro- » main, que nous suivons, non pas comme loi, mais » comme raison écrite, en tout ce qui n'est pas con- » traire aux ordonnances, à la coutume, aux usages et » aux maximes de la province et du royaume..... On » peut assurer que, dans tous les états où le droit ro- » main est suivi comme droit commun, il aura infailli- » blement plus de durée que les lois particulières du » pays... Ces lois peuvent varier.... L'équité et la raison » ne varient jamais, ni dans leurs principes, ni dans leurs » conséquences ».

On peut donc affirmer que c'est le droit romain qui a créé en France la liberté civile, peu à peu dégagée des entraves féodales, et proclamée, au commencement de ce siècle, comme la meilleure des garanties politiques, par le premier consul. Ces belles notions du vrai et du juste, pour détrôner les iniquités ou les bizarreries barbares, s'étaient infiltrées avec le droit romain dans la rédaction des coutumes, avaient pris place dans l'ordonnance, se posaient comme règles générales, se condensaient dans Po-

(1) Coutumes de Bayonne, de Béarn, de Saint-Sever, de Bourgogne, de Thionville, d'Auvergne, de Berry.

thier, que plus tard le code civil s'assimilait presque complètement.

Mais cette influence justinienne ne se borne pas aux simples transactions de la vie civile. Elle gagne de plus hautes régions, et c'est là qu'il est curieux de la saisir dans ses rayonnements. L'abbé Fleury, dans son opuscule du droit français, a indiqué les effets des lois romaines sur les matières politiques. Mais il n'entre dans aucun détail, et se borne à constater certains résultats généraux. Quelques explications sont nécessaires.

La question suprême de l'ordre politique est celle de la souveraineté. Bien ou mal comprise, plus ou moins radieuse, enveloppée des fictions du symbole ou nue comme la vérité, cette thèse se trouve à toutes les époques. Il faut bien jeter l'ancre quelque part. L'esprit humain ne peut s'abandonner à tous les courants du scepticisme. La foi, dans tous les ordres d'idées, dans le vaste domaine de la pensée, est un besoin primordial. On ne vit qu'à la condition de croire. La conquête, le droit du plus fort se perpétuant sur des populations déchues, un long passé engendrant la résignation, certaines croyances religieuses, des chartes ou contrats sociaux, ont plus ou moins long-temps retenu les nations dans telle ou telle forme de gouvernement. Mais il vient des époques où l'intelligence se met en quête de théories, examine et cherche son point d'appui. Ces époques précèdent l'avènement de quelque importante modification dans le droit public. Le ^{xvi}^e siècle portait dans ses flancs l'unité de la monarchie. Du Béarnais au grand Roi, il n'y a que Richelieu, l'ensevelisseur de la féodalité. C'est donc en vue de cette unité que les théories devaient se faire et se faisaient. L'enchaînement est providentiel. Or, la création de cette magnifique unité française réclamait impérieusement une direction supérieure et absolue. C'était une nécessité; ce devint une théorie à laquelle les jurisconsultes se dévouèrent avec toute leur érudition. Mais, pour comprendre leurs efforts, rappelons quelques principes.

La société à laquelle l'homme est destiné, est la mise en commun des intérêts de tous. Il en résulte qu'il y a

égalité de droits entre tous les membres de l'association, pour ce qui tient à la satisfaction immédiate de ces intérêts. En d'autres termes, les garanties de sécurité, de liberté individuelle, de famille, de propriété, de succession et de commerce, doivent être les mêmes pour tous les citoyens. Les droits civils, à moins d'une coupable violation de la loi naturelle, ne peuvent être des privilégiés. C'est là, là seulement, dans le cercle de ces idées primitives et indestructibles, que l'homme est l'égal de l'homme. La loi qui différencie la famille ou la propriété suivant les classes ou les castes est, selon nous, une profonde iniquité. C'est précisément dans leur sainteté que les droits civils, qui dérivent de la paternité ou du travail, puisent leur égalité. Mais il en est autrement des droits politiques. En effet, si la société est la réunion des intérêts individuels groupés dans une unité nationale, le gouvernement n'est autre chose que la gestion de ces intérêts. Or, cette gestion est dévolue de plein droit aux plus intelligents des associés. Platon disait que les dominateurs étaient marqués au front du sceau divin. Les droits politiques ne forment, à proprement parler, qu'une sorte de mandat confié aux hommes d'intelligence. La jouissance des droits civils est le but de l'association, tandis que les droits politiques ne sont que des moyens propres à atteindre ce but. Tous les sophismes viendront inévitablement échouer contre cette formule si simple de l'état social.

Cette doctrine trouve dans l'histoire une brillante confirmation, dont nous ne pouvons nous permettre qu'une esquisse à grands traits. Toutes les nations ont commencé par la théocratie : cela devait être. Au berceau du genre humain, ou, pour mieux dire, au début de chaque civilisation, l'intelligence ne résidait que dans le sacerdoce; le trône se confondait avec l'autel. Après le prêtre vient le roi : c'est l'intelligence qui se sécularise et sort du temple pour habiter le palais. Notez que le monarque, moins isolé que le pontife, s'environne de conseillers et fait ainsi partager son pouvoir. Les aristocraties forment la troisième ère des gouvernements. L'intelligence devient

moins rare et la souveraineté gagne des représentants, en proportion des conquêtes de l'instruction. Mais plus le monde vieillit, plus le nombre des élus augmente. Enfin, le peuple lui-même ne devient souverain qu'à la condition de comprendre. Assurément Bentham était un grand démocrate, quand il appelait, comme un autre bap-tême, l'instruction sur la tête de l'ouvrier.

La souveraineté, on le voit, n'est donc pas un droit absolu, primitif, résidant *à priori* dans tel ou tel homme, dans telle ou telle famille, dans telle ou telle catégorie de citoyens. C'est un droit flexible, classique, variant suivant les temps et les lieux. La souveraineté, c'est l'intelligence. Nous ne voyons vraiment pas par quelle raison l'art de conduire les hommes serait une exception aux lois ordinaires de toutes les sciences. Fouillez dans la vie de tel peuple qu'il vous plaira, vous y verrez qu'aux belles pages de son histoire, ce peuple était gouverné par le seul pouvoir intelligent qu'il possédât. Vous verrez encore qu'une révolution politique n'est, en dernière analyse, que l'élan des classes devenues intelligentes, vers le pouvoir.

Cela posé, examinons quelles étaient et quelles devaient être, sur la nature de l'omnipotence sociale, les opinions des légistes du *xvi.^e* siècle, les seules hommes qui alors maniaient des idées.

Nous l'avons dit, ennemis de la féodalité et convaincus que le morcellement et la localisation du pouvoir avaient, comme formes politiques, accompli leur destinée, ils pressaient la théorie de la monarchie absolue. Si veut le roi, si veut la loi, disaient-ils; et ce n'était chez eux ni servilisme, ni fétichisme. Loin de là, l'institution elle-même les préoccupait bien autrement que la personne royale. Aussi, après avoir proclamé l'hérédité du trône, ils s'empressèrent de répudier la doctrine qui aurait eu pour résultat d'assimiler la couronne de France à un patrimoine privé. Ils enseignèrent que le royaume ne tombait pas en partage; mais qu'il appartenait tout entier à l'aîné. Ils exclurent les filles et leur descendance, au profit des lignes masculines. Ils déclarèrent que le roi ne peut distraire son premier-né du diadème. Enfin, persuadés que toute maison

regnante avait une mission véritablement nationale, ils pénétrèrent jusque dans la famille royale, réglant les rapports les plus intimes du père et des enfants, de l'époux et de l'épouse, et régularisant ces relations multiples dans un intérêt de stabilité générale. On s'aperçoit que ces publicistes travaillaient en haine d'un établissement politique qui s'écroulait, et sous la vive impression d'abus récents. Chacune de leurs maximes est un coup qui fait une blessure. L'indépendance des hauts barons avait plus d'une fois compromis le salut de l'Etat : on décréta tout d'abord leur sujétion au prince. La féodalité, puissance éparpillée, faisait à son gré la paix ou la guerre, levait des impôts, battait monnaie : le monarque seul fut investi de ces droits. Quant aux justices seigneuriales, elles furent renouées à la suprématie monarchique, et c'est du roi que relevèrent toutes les juridictions. On peut dire, en un mot, que la constitution qu'élaboraient les juristes était complète et répondait aux plus pressantes exigences.

Toute doctrine demande son point de départ et sa justification. Les jurisconsultes ne l'oublièrent pas. D'abord ils rattachèrent leur théorie au ciel et ressuscitèrent la thèse du droit divin : *Non est potestas nisi à Deo*. C'était, il faut le dire, une noble idée qui rappelait à la fois, au peuple les droits du prince et au prince les droits du peuple. L'investiture populaire, irréalisable utopie alors, se trouvait dignement remplacée par la fiction du choix de Dieu lui-même. Ajoutons que cet axiome politique se mariait merveilleusement aux notions religieuses de l'époque, et qu'il était naturel de placer la toute-puissance humaine sous la sauve-garde de la foi. Tout vrai chrétien faisait un bon citoyen. Le régime social se fortifiait des inspirations catholiques.

Tel est, plutôt indiquée qu'approfondie, l'opinion des légistes du *xvi.^e* siècle sur la souveraineté. Nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître qu'elle est profondément rationnelle.

Evariste COLOMBEL,
Avocat à Nantes.

(La suite à la prochaine Livraison.)

BIBLIOGRAPHIE.

- I. *Histoire des institutions mérovingiennes et du gouvernement des Mérovingiens jusqu'à l'édit de 615*, par M. J. M. LEHUEROU, professeur agrégé à la faculté des lettres de Rennes (1).

Dans le siècle dernier, la question de nos origines nationales donna lieu à un débat qui restera célèbre à jamais dans notre histoire littéraire, car le nom de Montesquieu s'y trouve mêlé. M. de Boulainvilliers avait écrit son *Histoire de l'ancien gouvernement de la France*, pour prouver que la noblesse était aussi ancienne que la monarchie; car, à ses yeux, cette noblesse n'était autre chose que la descendance des premiers conquérants de la Gaule. La conquête, suivant Boulainvilliers, avait amené la servitude des Gallo-Romains, partagés entre un petit nombre de maîtres, libres, indépendants et les égaux du chef qu'ils s'étaient choisis sous le nom de roi. L'affranchissement des serfs, favorisé par nos rois, n'avait été qu'une usurpation sur le droit souverain des seigneurs, « une entre-treprise dans laquelle nos rois avaient soutenu le peuple, » contre le droit évident des propriétaires de terres, et contre « la loi fondamentale du gouvernement ». L'abbé Dubos, homme érudit et ingénieux, prit en main la défense du tiers-état contre les paradoxes de Boulainvilliers, et il publia son *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française*

(1) Nous empruntons au journal *le Droit* cet article de notre honorable collaborateur M. Ed. Laboulaye.

dans les Gaules, pour établir que la conquête s'était faite sans violence; que les Barbares, depuis long-temps au service de l'empire, s'étaient trouvés maîtres des provinces abandonnées par un gouvernement expirant, mais qu'ils avaient respecté la condition des provinciaux, et qu'ainsi la nation française actuelle s'était formée de deux éléments, l'un germanique et l'autre barbare, non par superposition, comme le prétendait Boulainvilliers, mais par fusion.

L'abbé Dubos avait entrevu la vérité, nous le croyons, mais il faut avouer que jamais meilleure cause ne fut défendue par de plus misérables moyens. Outre que l'esprit de système s'aveugle souvent, il emploie dans ces arguments tant de subtilités, tant de finesses, qu'il semble vouloir toujours tromper et faire illusion, alors même qu'il a pour lui les preuves les plus concluantes. De là chez le lecteur une méfiance qui souvent empêche de suivre jusqu'à la fin un auteur chez lequel il y a d'ailleurs beaucoup à apprendre, et qui ne méritait pas l'espèce de dédain avec lequel Montesquieu, beaucoup trop prévenu en faveur de la noblesse, l'a traité dans l'*Esprit des Loix*.

Quelque respectable que fût le nom du juge, l'arrêt prononcé par Montesquieu n'est point resté sans appel, et, de nos jours, toutes les recherches qui ont eu pour objet nos origines, se sont rapprochées des opinions émises par Dubos; car, ôtez les défauts systématiques de l'auteur, ses opinions renferment la plus grande part de vérité. Un juge irrécusable en pareille matière, M. Augustin Thierry s'est hautement prononcé en faveur des idées romaines, dans la préface de son dernier livre: « En résumé, dit-il, le nouveau caractère, le cachet d'originalité que la théorie de l'histoire de France a reçu des études contemporaines, consiste pour elle à être une, comme l'est maintenant la nation; à ne plus contenir deux systèmes se niant l'un l'autre, et répondant à deux traditions de nature et d'origine opposées: la tradition romaine et la

tradition germanique. La plus large part a été donnée à la tradition romaine; elle lui appartient désormais, et un retour en sens contraire est impossible. Chacun des travaux considérables qui se sont faits depuis le commencement du siècle a été un pas dans cette voie; on s'y presse aujourd'hui, et l'on y entre par tous les points.... »

Le livre de M. Lehuërou est, comme l'auteur le dit lui-même, une nouvelle *réhabilitation du système romain*; c'est l'œuvre de Dubos, mais refaite avec une critique plus saine, des preuves mieux choisies, une plus parfaite intelligence des textes, et une disposition bien mieux entendue d'une plus grande richesse de matériaux.

Le livre est divisé en deux parties; dans la première, qu'il nomme *Origines Mérovingiennes*, l'auteur nous montre les Germains repoussés, refoulés dans leurs forêts par les premiers empereurs, mais reparaissant toujours sur la frontière du Rhin, comme une menace perpétuelle pour l'empire. Peu à peu la lâcheté des empereurs, et l'affaiblissement intérieur, font prendre le parti de traiter avec les Barbares; on les introduit dans la Gaule, on leur donne des terres publiques, et une fois attachés au sol on les oppose comme un boulevard aux nouvelles tribus germaniques qui viennent demander aussi un lambeau du monde romain. Les Francs furent de ces peuples barbares admis au service de l'empire; répandus partout dans la Gaule, ils finirent au cinquième siècle par devenir les maîtres du pays qu'ils devaient défendre et conserver pour les derniers empereurs d'Occident; mais alors même qu'ils furent reconnus comme les souverains du pays, ils restèrent comme étonnés de leur propre fortune, et se considérèrent longtemps encore comme les sujets de l'empereur. Clovis, maître de la Gaule, du Rhin aux Pyrénées, ne se crut définitivement et irrévocablement maître de sa conquête, que lorsque l'empereur d'Orient lui en eut en quelque sorte donné l'investiture. On sait avec quelle satisfaction puérile il reçut le titre

de consul ou de patrice, que l'empereur Anastase lui envoya en haine de Théodoric, roi des Ostrogoths, Théodoric qu'on avait envoyé de Constantinople avec toute sa nation pour faire au profit de l'empire d'Orient la conquête de l'Italie, mais qui par son génie et ses succès avait si étrangement trompé les espérances de Zénon, et qui, appuyé sur les Italiens non moins que sur les Barbares, menaçait de relever dans toute sa splendeur un nouvel empire d'Occident. Ainsi, et pour résumer en peu de mots l'opinion de M. Lehuërou, ce ne fut pas une invasion de Barbares qui au commencement du cinquième siècle vint frapper au cœur et détruire un empire qui pouvait encore se maintenir; mais ce fut au cinquième siècle, après une infiltration lente qui dura près de trois cents ans, que les Barbares, établis dans le monde Romain, se partagèrent le cadavre de l'empire expiré.

Une pareille conquête (si un établissement de cette nature peut mériter le nom de conquête) ne dut changer que bien peu de chose à la condition des Gallo-Romains; leurs institutions durent rester debout, car les Barbares n'avaient aucun intérêt à les détruire; il n'y avait pas cette furie de la victoire, qui explique chez le vainqueur la haine des institutions étrangères. Tout ce qui dut arriver fut donc que le barbare, gardant ses lois, laissât aux Romains les leurs; c'est ce maintien des institutions romaines qui, sous le titre de *Gouvernement des Mérovingiens*, fait la seconde partie du livre que nous examinons.

Cette partie, la plus intéressante pour des jurisconsultes, est traitée avec supériorité. A l'aide des monuments de l'époque, lois, chroniques, vies des saints, etc., l'auteur nous montre l'organisation romaine, conservée par le roi barbare. Il prouve, contre Montesquieu, que le tribut continua d'être perçu dans la Gaule sous les premiers Mérovingiens, au même titre et sur le même pied qu'il l'avait été sous les empereurs; que l'administration, dans ses rapports avec les Gallo-Romains,

fut toute romaine, et qu'enfin, loin que les institutions des vaincus aient cédé devant l'esprit nouveau de la conquête, ce fut au contraire le génie romain qui exerça et transforma complètement le génie barbare. De cette toute puissante influence de la civilisation, les premiers atteints furent les chefs barbares.

« Pendant que la masse des guerriers francs s'obstine encore à rester barbare dans la Gaule civilisée, et repousse avec un égal mépris les arts et la religion des vaincus, les Mérovingiens dépouillent à la hâte les mœurs et les préjugés de la vieille Germanie, et tiennent à honneur de les remplacer au plus vite par des vices savants et une corruption empruntée. C'est ainsi que s'annonce la réaction inévitable des vaincus sur les vainqueurs, de la civilisation sur la barbarie, de l'intelligence sur la force qui l'opprime sans pouvoir l'éteindre. Ce sont les rois qui la commencent, et il ne faut pas s'en étonner. Des hauteurs où ils sont placés ils jugent mieux de la distance qui sépare les institutions des deux peuples, et frappés bientôt d'une infériorité que la foule ne soupçonne point encore, ils sont conduits par cela même à faire les premières tentatives pour l'effacer.

» Le Mérovingien, pressé de tous côtés par cette civilisation qu'il comprend mal, mais qu'il admire, commence par lui demander ses jouissances et ses plaisirs : les bains et les spectacles, la table et le sommeil, telles sont en quelque sorte ses premières conquêtes. Ce barbare, qui, naguère encore, dormait en plein vent dans une peau d'ours ou de taureau sauvage, repose mollement dans un lit de pourpre et de soie, et n'en sort que pour reprendre au milieu des viandes et des vins de la Gaule, l'orgie interrompue la veille par l'ivresse et l'assoupissement des convives... Les vêtements courts et serrés des vieux Germains, ses ancêtres, font place, sur ses épaules, aux vêtements flottants des dignitaires de l'empire. Une couronne radiée, semblable à celle des Césars, se dresse

sur son front, et retient avec grâce les boucles éparses de sa longue chevelure. Sur ses monnaies il aime à se faire représenter avec la toge consulaire, la tunique à broderie perlée des empereurs du bas empire, et tous les attributs d'un magistrat romain...

» Lorsqu'il vient s'asseoir au milieu de ses leudes, sur un siège un peu plus élevé que le leur, il se rappelle les empereurs romains, et croit prendre comme eux possession de son trône. En même temps des conseillers Gaulois viennent s'asseoir au milieu d'un sénat tout Germain. Des abbés et des évêques sont admis aux joies de ses festins, dans l'intimité de son foyer domestique et dans tous les secrets de son gouvernement. Eux seuls possèdent l'art de courber, en se jouant, l'esprit indompté du barbare, et de désarmer par une menace ou une caresse le courroux d'un vainqueur ou d'un maître. Leur voix apaise et modère à son gré les orages qui s'élèvent chaque jour dans ce cœur agité; et le Sicambre, après s'être laissé emporter un moment à la passion qui l'entraîne, revient docilement reprendre sa chaîne à leurs genoux, comme un enfant colère et facile. Ils le dominent tour-à-tour par l'espérance et par la crainte, par les promesses, par les menaces, par ses affections, par ses haines, par toutes ces faiblesses à la fois... »

Cette influence de la civilisation, si bien décrite par M. Lehuërou, ne s'arrêta pas aux plaisirs, aux vêtements, aux mœurs du roi mérovingien. Leurs idées se transformèrent, et le but poursuivi par les premiers rois, ce fut l'assimilation des vainqueurs et des vaincus, non pas en élevant les provinciaux à la hauteur de la liberté germanique, mais au contraire en réduisant les Barbares à la condition des Gallo-Romains; en essayant de les soumettre au même gouvernement, aux mêmes services, aux mêmes impôts. Dans cette lutte avec l'aristocratie germanique qui commençait de prendre possession du sol, lutte qui se personnifia dans Frédégonde et Bru-

nehaut, la monarchie mérovingienne fut brisée. L'édit de 615, imposé à Clotaire II par les leudes tout-puissants, fut l'acte d'abdication des Mérovingiens et leur mise en tutelle sous les maires du Palais, simples domestiques dans l'origine et maintenant véritables rois sous un titre plus modeste.

Ici s'arrête M. Lehuërou, en nous promettant une continuation de son livre, continuation que nous appelons de tous nos vœux ; car on ne peut trop applaudir à la sincérité et à la profondeur de ses recherches comme à la justesse de certains aperçus, et notre histoire nationale ne peut que gagner à de pareils travaux. Toutefois (et puisqu'il n'y a pas d'éloge sincère sans critique), que l'auteur nous permette de lui dire en finissant, que s'il a évité les défauts de l'écrivain qu'il a pris pour guide, si sa critique est un modèle auprès de la critique de Dubos, il n'a pas su se garder aussi complètement d'un défaut inhérent peut-être au système qu'il a trop exclusivement adopté. M. Lehuërou a parfaitement démontré que les institutions romaines ont survécu à la conquête, mais sa démonstration est si complète qu'il semble que les vaincus aient absorbé les vainqueurs. L'impression qui reste de son livre, c'est que la conquête fut un accident qui reste de son livre, et que les institutions germaniques, apportées sur le sol des Gaules, furent étouffées par les pousses vigoureuses de la législation et des idées romaines. Cette conclusion est singulièrement exagérée, et l'auteur s'en apercevra dès qu'il entrera dans l'histoire de la seconde race et qu'il recherchera l'origine des institutions germaniques parvenues alors à leur période de développement.

Je sais bien que dans un livre fait avec une idée il est impossible que cette idée ne soit pas mise en pleine lumière, et qu'ainsi on ne laisse forcément dans l'ombre certaines parties du tableau ; mais je crois qu'il y a dans le livre de M. Lehuërou, écrit avec une grande habileté, tout autre chose qu'un défaut de mise en œuvre, et que l'auteur, comme autrefois

Dubos, est un peu trop préoccupé des influences romaines. Et pour expliquer mon opinion par un exemple, nul doute que si l'on étudiait l'histoire des premiers sultans de Constantinople, on ne trouvât dans leurs habitudes, dans leurs mœurs, dans l'organisation de leur palais, dans l'administration, plus d'un reste des usages grecs. C'est l'éternel triomphe de la civilisation que la barbarie, même victorieuse, ne lui peut résister ; mais de ce que les institutions grecques ont pu survivre au désastre de l'empire, serait-on autorisé, en écrivant l'histoire des institutions turques, à ne mettre en évidence que ce côté du tableau ? Et la conclusion qu'on tirerait d'un pareil livre serait-elle légitime ? Assurément non. Eh bien ! il en fut de la conquête des Gaules comme de la conquête de Constantinople : à côté des institutions romaines s'établirent les institutions barbares ; et si, durant la première race, la conservation des formes romaines peut faire illusion, cette illusion ne peut cependant être de longue durée, ni donner long-temps le change sur le véritable caractère de cette ancienne époque.

Que M. Lehuërou, qui comprend si bien le code théodosien et en tire si bon parti, étudie avec le même courage les lois barbares et les premiers diplômes, il rencontrera bientôt un nouvel élément de recherches contemporain de la conquête, je veux dire l'élément germanique, qui ne le cède au principe romain ni en importance ni en intérêt. Quoi qu'on en dise, nous sommes enfants des deux races, nous ne pouvons nier ni l'une ni l'autre.

Du reste, mes critiques ne portent en quelque façon que sur le titre même du livre, car si M. Lehuërou veut l'intituler : *Des Institutions romaines conservées dans la Gaule sous les Mérovingiens*, j'adopte toutes ses opinions et suis prêt à signer des deux mains. Mais alors qu'il complète son livre, par une œuvre non moins belle, et qu'il nous présente cette partie de notre histoire par son côté le moins épuisé ; au lieu d'un bon livre il en fera deux. C'est ce que je souhaite pour

les lecteurs de M. Lehuërou, non moins que pour l'auteur lui-même. Un début aussi brillant que le sien est un engagement pour l'avenir; et nous l'attendons avec impatience au second ouvrage qu'il nous a promis.

Edouard LABOULAYE.

2. *Cours de législation pénale comparée, à la Faculté de Toulouse. Discours d'ouverture par M. VACQUIER, professeur-suppléant, chargé de cet enseignement.*

Nous nous empressons d'extraire du discours de M. Vacquier la partie la plus essentielle, qui nous a paru également remarquable sous le rapport de la pensée et de l'expression.

« L'objet de notre enseignement est la *législation pénale comparée*.

La science pénale est la science du mal social. Impossible de considérer le mal sans s'occuper aussi du bien. Elle embrasse donc le bien et le mal social, c'est-à-dire la civilisation et l'humanité dans leurs phénomènes les plus remarquables, chute et expiation; c'est à cette dualité que peut se ramener l'histoire du monde; mais nous n'avons pas à examiner le sujet d'un point de vue aussi élevé. Laissons à la philosophie chrétienne ses sublimes et mystérieuses théories.

Nous avons à considérer le mal et sa réparation sous un rapport tout humain. Notre tâche est assez grande et assez difficile. Nous sommes appelés à examiner, à travers les âges, l'activité humaine dans ses écarts, dommageables à la société et les moyens employés par elle pour les réprimer. Si je ne m'abuse sur la portée et le but d'un cours de législation pénale comparée, il s'agit de former un type d'une perfection absolue, de rapprocher les diverses législations et de juger leur bonté relative.

Et d'abord faisons connaître notre point de vue.

Nous laisserons de côté l'hypothèse d'un état extra-social

et nous envisagerons l'homme dans la société pour laquelle il a été providentiellement prédestiné.

Le monde physique a ses lois auxquelles il obéit invariablement; elles produisent cette harmonie de l'univers que l'homme ne peut qu'admirer et qu'il ne lui est pas donné de déranger.

Le monde moral a aussi les siennes, dont le but est l'harmonie entre les êtres intelligents; mais, à la différence du monde physique, tout en commandant à la conscience humaine, immuables dans leur principe, elles dépendent d'elle dans leur accomplissement.

La Providence doua l'homme de sensibilité et de raison, elle lui donna aussi la liberté.

La liberté, faculté essentiellement distinctive, qui, lui permettant de choisir entre le bien et le mal, donne du prix à ses actions et constitue cette loi du devoir dont l'accomplissement produit l'ordre moral.

L'homme, en agissant dans le monde extérieur, se trouve sous l'empire de deux influences opposées : sa raison qui lui montre le bien, et ses passions qui le poussent au mal. Sa raison lui dira : ne fais pas de mal à ton semblable, respecte son droit, et les passions lui feront trouver du charme à porter atteinte à la personne et à la chose d'autrui.

La vie de l'homme est un combat, comme le dit saint Paul; mais dans cette lutte perpétuelle, qui le soutiendra? Comment suivra-t-il plutôt la loi du devoir toujours austère, que les entraînant tentations du mal? Comment la raison triomphera-t-elle?

La Providence, dans sa justice, lui a donné des motifs de préférer le bien et la force nécessaire pour suivre le parti que la raison lui indique.

Mais la voix intérieure de la conscience et la religion, avec les peines et les joies d'un autre monde, étaient impuissantes pour prévenir ou réprimer le désordre moral et le trouble qu'il produit dans celui-ci.

Il a fallu des motifs plus efficaces et donner ici-bas une sanction à certaines règles du devoir dont le maintien intéresse l'ordre social, qui n'est autre chose que l'ordre moral d'un point de vue moins élevé, du point de vue de la défense et de la conservation de la société.

De là le droit de punir qui coexiste avec la société, qui lui est essentiel et est comme elle d'origine divine.

Dieu, en se réservant exclusivement la punition de ce qui constitue des atteintes à l'ordre moral, a délégué, non pas à l'homme, trop facile à égarer, mais à la société, sa puissance et sa justice pour la répression du désordre social. Aussi n'est-ce pas une vaine assimilation que celle qui tend à faire de l'administration de la justice un sacerdoce, et des lieux où elle se rend un sanctuaire.

Mais, pour que le droit de punir conserve son caractère sacré et qu'il ne dégénère pas en une injuste tyrannie, il faut qu'il s'exerce dans ces limites :

Ne considérer comme punissable que le mal moral contraire au but que l'on se propose, la défense et la conservation de la société ;

Rapport exact entre la peine et le mal ;

Emploi des moyens les plus certains que la sagesse humaine peut trouver pour découvrir la vérité juridique, et le rapport entre le mal et celui auquel on l'attribue.

A ces conditions, la justice humaine deviendra la justice de Dieu.

Parmi les problèmes sociaux, il n'en est pas de plus difficile, et dont la solution soit plus importante pour l'humanité que celui de la justice pénale. Il n'en est pas cependant dont le développement ait été plus laborieux et plus lent.

L'élaboration du droit civil a coûté beaucoup de peine et de temps ; mais c'est moins pour la recherche du principe que pour la déduction des conséquences et les détails d'application.

La découverte du principe du droit civil remonte au fondement de la société civile. La conservation de la famille, la défense et la transmission de la propriété, la sainteté des conventions, sont des aphorismes que l'on rencontre à l'origine de tous les peuples policés. Aussi ne trouve-t-on pas, sous ce rapport, de ces écarts monstrueux qui épouvantent la conscience.

Il n'en est pas ainsi du principe du droit pénal. On dirait que ce qui touche directement l'homme ne vient qu'en seconde ligne, et que ce qui tient aux choses qui lui sont soumises, qui sont à son usage, occupe le premier rang. On dirait que la Providence, qui veille à la marche de la civilisation, a été plus pressée de poser les règles de ses rapports avec les objets extérieurs que celles qui tendent à préserver sa vie et sa dignité.

Quelle est la cause de cette anomalie, qui, au premier aspect, paraît si étrange ? Nous l'expliquerons plus tard, nous nous bornons, pour le moment, à la signaler.

Dans l'ignorance complète de la base du droit de punir, on a appelé mal ce qui ne l'était pas, et on n'en a pas appelé ce qui l'était. Rien de plus bizarre et de plus monstrueux que la nomenclature des faits punissables à tous les âges, et chez les divers peuples ; elle offre le tableau des plus tristes et des plus fatales aberrations. Les notions du bien et du mal sont confondues, les préjugés, la superstition, l'intérêt social mal compris, troublent et égarent la raison des législateurs, ou les portent à multiplier les cas et les moyens de répression.

D'un autre côté, aucun principe rationnel ne préside à la graduation des peines ; elle n'est pas calculée sur la valeur morale, matérielle ou sociale du démerite de l'action. C'est une application inintelligente et disproportionnée du mal à sa rétribution. D'abord, ce sont des hommes grossiers qu'il s'agit de contenir, et l'on oppose la force physique à la force physique, sans trop se rendre compte des nécessités auxquelles

on obéit. Plus tard, lorsque la force sociale se préoccupe de sa mission, elle cède à certaines manières de voir et de juger qui produisent les résultats les plus bizarres. Ici l'homme est apprécié si bas, qu'il paie de sa vie la plus légère infraction au devoir; là sa valeur est portée si haut, ou l'on a sur la responsabilité des fautes des idées si erronées, que le plus grand crime n'est suivi que d'une expiation sans rapport avec lui.

Enfin la recherche de la vérité juridique, si importante, puisqu'elle est la sauve-garde de l'innocent et l'effroi du coupable, était livrée tantôt au hasard, tantôt à des procédés ridicules et barbares, tantôt à des formes mystérieuses, et qui privaient l'accusé de toutes ses garanties.

La religion fit graduellement pénétrer l'humanité dans les lois, l'égalité dans les peines, la raison dans la manière de rendre la justice.

Mais l'homme, dans ses préoccupations d'une autre vie, créa un nouvel ordre de délits; il se crut appelé, non seulement à honorer la divinité, mais à la venger; il confondit le spirituel et le temporel, le péché et le crime; il voulut que l'on répondît devant Dieu et aussi devant les hommes de l'accomplissement de ses devoirs moraux et religieux; il fit descendre la religion au rang des institutions humaines, oubliant que, reléguée à jamais aux choses de la terre, la loi humaine ne doit pas participer aux choses du ciel; que, « dans sa capacité temporelle, elle ne les connaît et ne les comprend qu'au-delà des intérêts de cette vie, elle est frappée d'ignorance et d'impuissance; que, comme la religion n'est pas de ce monde, la loi humaine n'est pas du monde invisible; qu'ainsi, ces deux mondes qui se touchent, mais qui ont le tombeau pour limite, ne sauraient jamais se confondre (1) ».

(1) M. Royer-Collard, opinion sur la loi du sacrilège.

Cependant, nous n'oublions pas le bien dont nous sommes redevables au christianisme, mais nous ne sommes pas injustes à l'égard d'autres influences qui aidèrent au progrès.

Les lois pénales étaient encore empreintes de la barbarie du moyen-âge. La révolution que les travaux sur le droit romain avaient faite dans la législation civile, ne s'était pas étendue à la législation criminelle. Est-ce parce que le système pénal des Romains, à cause de son infériorité par rapport au droit civil, ne saisit pas la raison des peuples, et qu'ils étaient incapables de s'élever par leurs efforts à une haute généralisation du droit de punir? Est-ce parce que la nécessité des temps le voulait ainsi? Nous tâcherons d'expliquer ces problèmes.

Mais, quoi qu'il en soit, le système pénal était à faire; la vie, l'honneur, la dignité de l'homme étaient plutôt menacés que protégés par une législation aveugle et sauvage formée du mélange monstrueux des constitutions canoniques, de quelques principes de la jurisprudence romaine et des débris du régime féodal.

Partout et sans distinction elles prodiguaient la peine de mort. Les crimes les plus différents par leur nature, les plus atroces et quelquefois les plus légers étaient confondus sous le même supplice. — On voyait souvent le vol puni comme l'assassinat. La vie de l'homme n'était pas plus estimée que son or. Le vol domestique était puni de mort; les vols avec effraction étaient presque tous punis de mort. Nulle distinction entre le premier vol et ceux qui le suivent, entre la séduction et l'habitude (1). Je ne poursuis pas plus loin l'énumération de ces énormités, digne pendant des tortures de l'instruction et de la recherche des supplices.

Les mœurs publiques luttèrent depuis long-temps contre cet état de choses. La philosophie du 18.^e siècle fit entendre

(1) Servan, discours sur la justice criminelle.

sa voix railleuse et puissante. Quand toutes les institutions religieuses et humaines, sacrées et profanes, passaient dans le creuset de sa critique, trop souvent injuste et passionnée, pouvait-elle respecter l'édifice informe et monstrueux de la législation pénale ?

Mais après avoir démoli, il fallait s'occuper de construire.

La science se mit à l'œuvre. En 1764 parut pour la première fois un traité théorique sur le droit pénal. L'œuvre de Beccaria fut un évènement. Commentée par Voltaire, qui en vulgarisa les principes, elle a été pendant près d'un demi-siècle seule en possession de captiver la raison des philosophes et des publicistes français et étrangers.

L'influence du livre de Beccaria fut immense : elle fit disparaître les abus les plus criants de la législation pénale existante, en attendant la révolution qui devait en changer la base et fonder un système nouveau sur les idées du jurisconsulte Milanais.

Après lui vint Bentham, dont les doctrines peuvent se résumer à ce seul mot : *utilité*.

Beccaria et Bentham sont les deux représentants de la science pénale dans le 18.^e siècle. Tous les systèmes qui ont été publiés après eux ne sont que des modifications plus ou moins ingénieuses de leurs idées.

Sans doute la base de ces systèmes peut être contestée. La philosophie moderne a fait depuis long-temps justice de cette hypothèse d'une convention primitive sur laquelle repose le système de Beccaria.

Sans doute Bentham se trompe quand il dit que ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure, ou pour mieux dire sa nécessité. Ce système est jusqu'à un certain point la négation de toute morale. Il suppose que l'intérêt social est la base et la mesure du droit de punir ; que les états ou les rois sont autorisés à tout, pour les conserver. Il justifierait les horreurs de la Saint-Barthélemi et les crimes de la Convention.

Non, le salut du peuple n'est pas la suprême loi ; la suprême loi, c'est le devoir, c'est la dignité morale de l'homme : qu'il s'agisse d'un royaume ou de la vie, il n'est permis ni à la société, ni à nul homme de manquer à autrui.

Enfin, il est un troisième système, trouvé dans ces derniers temps, et qu'a nettement formulé l'un des savants et illustres professeurs de la faculté de Paris : il consiste à donner pour principe à la pénalité la morale combinée avec les nécessités de l'ordre social.

Ce système nous a paru le plus rationnel, le plus conforme à la dignité de l'homme et à cette loi du devoir qui commande à tous, aux individus, comme aux gouvernements.

C'est celui auquel nous adhérons.

Ainsi, d'après nous, toute loi, tout système pénal qui se proposera autre chose que la répression d'un acte immoral en lui-même et non dommageable à la société et qui n'établira pas un rapport exact entre la peine et le mal, sera injuste, violent et tyrannique.

Et si, à côté de cette loi, nous ne trouvons pas un système de procédure qui protège l'accusé contre de déplorables erreurs, et donne les moyens les plus certains d'arriver à la solution du problème juridique qui est à résoudre, comme la publicité des débats et l'institution du jury, nous dirons que la justice est un instrument de mal.

Voilà le type auquel nous comparerons toutes les législations pénales.

Deux grandes divisions s'offrent à nous, *pénalité* et *procédure criminelle*.

Dans la première nous examinerons le fondement du droit de punir, la nature et l'échelle des peines. La seconde comprendra l'examen de l'accusé, l'instruction, le jugement et l'exécution.

En maintenant ces divisions et nous rejetant en arrière, nous considérerons l'antiquité, mais elle nous arrêtera pas

long-temps. Une masse d'individus, les esclaves, étaient, pour ainsi dire, hors la loi, et pour les races privilégiées, la barbarie, l'ignorance, les préjugés enfantent un je ne sais quoi bizarre et odieux de pénalité et d'instruction. Point de système préconçu, la loi ou le prince frappent au hasard et sans intelligence. Aussi, au lieu d'enseignements utiles, nous trouverons des motifs de plaindre la société de ces temps-là et de glorifier le siècle où nous vivons. Rome, cependant, cette terre classique du droit civil, méritera une attention particulière. Après cela nous passerons à la législation pénale du moyen-âge, et un rapide rapprochement nous montrera jusqu'à quel point l'esprit humain peut s'égarer.

Mais nous nous attacherons surtout aux systèmes modernes. Ici l'intérêt devra redoubler.

Comme nous l'avons dit, la science pénale est une science nouvelle.

Nous nous placerons en France. Si nous commençons par notre pays, nous n'obéissons pas à un sentiment aveugle de patriotisme. C'est une justice que nous lui rendons. La France marche la première dans la voie du progrès social, c'est de son sein que sont partis les premiers cris de réforme des lois pénales.

Nous examinerons sous les diverses faces que nous avons indiquées les théories pénales des publicistes du 18.^e siècle et leur influence sur la législation, les améliorations qu'elles y apportèrent et leur action sur les réformes radicales qui suivirent.

La philosophie nouvelle, empreinte d'un spiritualisme plus élevé et enseignant une morale plus haute, a apporté des doctrines pénales analogues à son principe. Nous en étudierons les effets dans la législation qui l'a suivie.

Quand nous aurons contemplé le droit en France, nous pénétrons chez l'étranger, en commençant par les peuples dont les idées ont le plus d'affinité avec les nôtres, et en descendant à ceux qui s'en éloignent le plus.

Jamais époque ne fut plus favorable aux *études comparatives* dont nous sommes chargés. L'édifice vermoulu du moyen-âge s'est écroulé de toutes parts, la révolution française a fait en un jour pour le progrès plus que n'ont fait un grand nombre de siècles, elle a arraché les autres nations à leurs mœurs, à leurs habitudes, et les a entraînées après elle en les détachant trop brusquement peut-être de leur passé. Une société nouvelle a surgi avec des idées et des institutions nouvelles. Presque tous les peuples de l'Europe travaillent à la réforme de leur législation pénale et de ses accessoires : nous apprécierons leurs travaux, nous en profiterons. Après les avoir servis ils nous serviront à leur tour, et au lieu de ces luttes guerrières, triste reflet du régime féodal, nous vivrons en communion de pensées et d'efforts pour le bien-être commun. Si des limites géographiques nous divisent, nous ne serons pas moins frères. Nous nous instruirons les uns les autres. Nous dépouillerons l'esprit d'antagonisme et de nationalité, et le progrès d'un seul dans la voie de la civilisation deviendra le progrès de tous.

Le droit pénal est une spécialité, mais une spécialité d'une étendue infinie qui se lie à toutes les branches de la législation. Il touche à tout, il suit la liberté dans tous ses développements pour réprimer et punir ses écarts; il se montre partout pour préserver tous les droits.

Ainsi il est à côté du droit international pour faire respecter certaines dispositions, rares sans doute, que le consentement des peuples a élevées au rang de crime ou de délit du droit des gens, comme ce *droit de visite* qui a fait dernièrement tant de bruit.

Il veille sur le droit public pour préserver la société et les pouvoirs de l'état, la morale publique et religieuse, les principes sociaux, tels que la propriété, la famille.

La pénalité se montre dans le droit public secondaire ou administratif pour sanctionner certaines dispositions et certains avantages sociaux.

Elle protège aussi certaines prohibitions du droit commercial.

Enfin elle intervient dans le droit privé pour assurer la vie, l'honneur, la dignité des citoyens et punir les atteintes à la propriété.

Ainsi le droit pénal se montre partout, est vivant partout. M. de Maistre a dit que le bourreau était le pivot de la société. M. de Maistre va peut-être trop loin. Il ne tient pas assez de compte du pouvoir de la religion, de la morale, de l'éducation; il ne fait pas assez la part des institutions, surtout de celles qui favorisent le travail, et développent le bien-être; mais cette idée exagérée du rôle de la pénalité peut faire comprendre son importance ».

3. *Cujas et Toulouse*, 1 vol. in-8.^o, publié à Toulouse, 1842.

Sous ce titre, M. Benech, professeur de droit romain à la faculté de Toulouse, vient de publier une brochure très-intéressante, de 150 pages, pour établir, par *des documents nouvellement découverts*, que Cujas n'a jamais échoué dans la dispute d'une régence de droit civil à l'université de Toulouse.

— La preuve nous a paru complète; et dans le prochain numéro de la *Revue*, nous donnerons toute la partie de l'opuscule qui contient les documents décisifs. — La brochure est écrite avec chaleur: si nous avions à lui faire un reproche, ce serait de *trop prouver* contre M. Berriat Saint-Prix, auteur de *l'Histoire de Cujas*, qui avait reproduit l'ancienne et fausse tradition.

CHRONIQUE.

Jurisprudence. — Nous croyons utile de fixer l'attention de nos lecteurs bretons, sur la question suivante, l'une des plus graves en matière de *Terres vaines et vagues*.

La Cour de Rennes a jugé par un arrêt du 30 juillet 1840 (Commune de Pléchâtel, au Recueil tome 13, 1.^{re} partie, p. 153),

« Que la conversion opérée par l'art. 10 de la loi du 28 août 1792, du droit de communer, qui ne constituait qu'une servitude, en un droit de propriété, a eu pour effet d'attribuer aux inféodés l'universalité des terres affectées à la servitude, et que les communes sont non recevables à demander le cantonnement des anciens vassaux, devenus propriétaires de simples inféodés qu'ils étaient, par le motif que leur droit de servitude aurait été limité à telle étendue ou à telle portion du vague.

» Que les inféodés exerçant autrefois leur droit en commun, ont et conservent sur la chose, tant qu'elle reste indivise, le *totum in toto et totum in quâlibet parte*. Il s'ensuit qu'il y a *accroissement*, au profit de ceux qui ont exercé leur droit, de la part de ceux qui ont laissé le leur s'éteindre par le non usage ».

Voici les observations que cette décision a suggérées à M. Richelot, dans l'article qu'il a bien voulu rédiger pour la Table générale de notre Recueil des arrêts et qu'on imprime en ce moment.

Le droit de communer, en Bretagne, « consistait uniquement dans le pacage des bestiaux que le vassal pouvait nourrir pendant l'hiver sur les pailles et foin des terres auxquelles ce droit de communer était attaché (V. Journal du Parlement de Bretagne, t. 5, p. 761, et l'arrêt Bascher, du 27 novembre 1841; Recueil t. 13. 1. 323) ».

En conséquence, « le seigneur pouvait disposer de tout le terrain qui n'était pas nécessaire pour l'exercice de la servitude ». (*Ibid.*)

Il résulte bien clairement de ces principes que le silence de certains vassaux n'augmentait point le droit des autres; ce droit restait soumis aux mêmes limites. Le seigneur seul pro-

fitait du défaut de réclamation des vassaux qui ne se présentaient pas.

Le législateur n'a, dans l'art. 10 de la loi du 28 août 1792, fait autre chose que convertir le droit de communer (auparavant *simple servitude*) en *droit de propriété*. Les communes, substituées aux seigneurs, par la législation nouvelle, conservent donc, comme eux, tous les terrains vains et vagues excédant les besoins des anciens vassaux qui réclament, sauf à les remettre successivement à ceux qui, plus tard, justifieraient avoir aussi des droits.

Tel est le motif principal qui nous semblait mettre la jurisprudence antérieure à l'abri de controverses sérieuses, lorsqu'est intervenu l'arrêt rendu le 30 juillet 1840, contre la commune de Pléchâtel.

Nous nous bornerons aux réflexions suivantes sur cet arrêt, devenu l'objet d'un pourvoi que la Cour de cassation a dernièrement admis, conformément aux conclusions du ministère public.

Antérieurement, la Cour a établi, notamment dans un arrêt du 24 avril 1834 (Recueil, tome 9, page 676), que l'art. 10 de la loi du 28 août 1792 appelait les afféagistes, *de préférence* aux vassaux simplement inféodés du droit de communer. Effectivement, la propriété entière avait été concédée aux premiers, tandis que les autres n'avaient qu'un droit de servitude. Comment donc concevoir que le législateur voulant, dans l'intérêt général, attribuer les terres vaines et vagues aux individus qui devaient naturellement songer à les défricher, en eût doté les vassaux inféodés du droit de communer, plutôt que les afféagistes? Que l'on suppose en présence un afféagiste ayant droit par son titre à 50 journaux en pleine propriété, et un vassal ayant le droit de communer seulement, borné par les anciens principes à une pareille étendue de terrain en raison du nombre des bestiaux, dans une lande de 1,000 journaux : comment serait-il conforme à l'esprit qui a dicté l'art. 10 de la loi du 28 août 1792, de ne laisser à l'afféagiste que ses 50 journaux, et d'en donner 950 au vassal !!!

Objecterait-on que le titre du premier est limité? Nous répondrons qu'il en était de même du second (Journal du Parlement, t. 5, p. 761, *supra*). Si le législateur eût voulu attribuer les landes aux anciens vassaux, dans l'intérêt de l'agriculture, il eût appelé sans distinction tous les vassaux en possession de communer, et n'eût point exigé des titres que beaucoup d'entr'eux ont perdus.

L'arrêt *Pléchâtel* déclare que « la jurisprudence constante » et presque uniforme de la Cour accorde la préférence aux vassaux sur les communes non inféodées, toutes les fois qu'ils réunissent les conditions exigées par l'art. 10, titre « et possession ». On a entendu parler sans doute des décisions citées dans le mémoire des parties qui ont obtenu gain de cause. Nous indiquons les pages du recueil où ces décisions se trouvent, afin que le lecteur puisse voir si elles ont jugé la question actuelle. (T. 7, p. 26. 36. 341. — t. 8, p. 257. 538. 564. 571. — t. 9, p. 351. 676. — t. 12, p. 485. — t. 13, 1.^e p., page 66, et 2.^e p., page 12.)

Ajoutons que, suivant l'arrêt *Martin*, du 11 février 1840, confirmatif de la jurisprudence antérieure, « depuis que la » loi a converti la jouissance en pleine propriété, et toutes les » fois qu'il y a eu lieu au partage du fond entre les cotenanciers, l'attribution des parts n'a jamais été faite d'après » d'autres bases, et que la jurisprudence de la Cour n'a jamais varié à cet égard ».

Si quelques autres arrêts devaient fournir des inductions, ce seraient, au premier abord, ceux qui suivent, relatifs au partage *pro modo jagerum* :

1.^o Le partage doit s'opérer *pro modo jagerum*, en raison des terres cultivées en 1792, et possédées par chacun des cotageants (partage des landes d'Ondonneau, 7 juillet 1838, t. 13, 2.^e p., page 12).

2.^o Les terres vaines et vagues de la ci-devant province de Bretagne sont devenues la propriété des anciens vassaux inféodés du droit d'y communer, qui étaient en possession de ce droit à l'époque de la loi du 28 août 1792, et le partage doit s'en faire entr'eux, suivant l'étendue, la nature et la valeur des terres à raison desquelles le droit de communer leur avait été concédé (De la Brosse, 27 août 1839, t. 13, 1.^{re} p., page 66).

Toutefois, c'est aussi *pro modo jagerum* que l'arrêt *Martin*, du 11 février 1840, a prescrit aux anciens vassaux de faire le partage, le nombre de bestiaux devant, en effet, se trouver proportionné à l'étendue des terres cultivées (V. t. 13, 1.^{re} p., page 162).

Les seules décisions que l'on puisse invoquer avec fondement sur cette grave question semblent donc être celles que nous avons indiquées.

Avant de terminer, nous devons dire que l'une des décisions contraires à l'arrêt *Pléchâtel*, que la commune de Montrelais avait obtenue, le 1.^{er} juin 1830, contre le sieur De

Monty, comte De Rezé, a été confirmée par la Cour suprême, le 28 avril 1840, « attendu en droit, que l'art. 10 de la loi du 28 août 1792, spécial pour les cinq départements composant l'ancienne province de Bretagne, en déclarant que les terres vaines et vagues, non arrentées, appartiendraient soit aux communes, soit aux ci-devant vassaux qui sont actuellement en possession du droit de communer, a converti en droit de propriété un droit qui, jusque là, ne constituait qu'une simple servitude ;

» Attendu que, sous l'ancienne législation coutumière de Bretagne, le droit de communer accordé aux vassaux était toujours exercé par eux dans la mesure de leurs besoins et eu égard au nombre de bestiaux qu'ils possédaient ;

» Attendu, dès-lors, que le demandeur, en admettant qu'il eût un titre valable, n'aurait pu réclamer que la portion de terres vaines et vagues à laquelle il avait, à l'époque de la promulgation de la loi du 28 août 1792, un droit personnel comme usager.... etc. (Daloz, 40. 1. 188) ».

Nous profiterons aussi du retard éprouvé dans l'impression de cet article, pour citer l'arrêt que la Cour royale de Rennes vient de rendre, le 10 janvier 1842, au profit des héritiers Lestourbillon (sous presse) :

On y lit que « suivant l'ancien droit breton, le droit de communer n'était considéré que comme une simple servitude en faveur des vassaux inféodés, et que le droit des vassaux ne changeait même pas de nature lorsque son exercice était restreint par le triage ou le cantonnement, dont, suivant les cas, pouvait user le seigneur ; que, sous une telle législation, le droit aux terres vaines et vagues ne pouvait être considéré comme un droit réel incorporé à la chose par la destination que lui assignaient les besoins de la culture et surtout l'usage général ».

Ainsi est écartée l'une des plus fortes objections que présentent les vassaux inféodés, et qui consiste à prétendre que l'art. 10, entendu dans le sens favorable aux communes, n'aurait accordé aux vassaux que ce que le droit ancien leur donnait déjà en cas de cantonnement. Ce dernier ne changeait pas la nature du droit de communer ; il conservait le caractère d'une simple servitude ; donc le nouveau législateur a beaucoup fait en le transformant en droit de propriété.

Mais il faut reconnaître que le même arrêt paraît néanmoins s'être prononcé dans un sens analogue à celui de l'arrêt *Plé-châtel*, lorsqu'il a établi « que si le droit de propriété de chaque vassal doit être borné, lors d'un partage, à l'étendue

» de l'ancien droit d'usage qu'il exerçait sur ces terres, cette réduction ne peut être demandée que par ceux qui, ayant justifié de leur qualité, ont un droit de propriété sur la chose indivise ; que la compagnie de Bray, qui ne peut opposer aux appelants aucun titre de la nature de ceux qu'exige la loi précitée, n'a donc pas qualité pour faire réduire le droit des appelants à la mesure de l'ancien droit de servitude ; qu'il en est de même de la commune de Montoir, qui, ne produisant aucune inféodation, ni même aucun titre qui puisse lui être attribué, ne peut prétendre aucun droit sur les terrains en litige ; que dès-lors les appelants doivent être maintenus dans leur propriété des marais de Caloyau, qui leur a été dévolue par l'effet et par la seule force de la loi susmentionnée ».

En résumé, il semble démontré que le droit de communer ne s'étendait point, dans tous les cas, à la totalité des communs ; ce droit ne portait que sur le terrain nécessaire à l'exercice de la servitude. En conséquence si, dans une lande de 1,000 journaux, 500 suffisent aux besoins des vassaux inféodés du droit de communer, ils ne peuvent exercer aucune prétention sur l'excédant. On doit donc, en pareille circonstance, examiner les titres produits, et fixer d'après eux la portion de lande revenant aux anciens vassaux dont les droits sont constatés ; ce n'est que sur elle, lorsque l'indivision continue, que chacun a le *totum in toto, totum in quolibet parte*, et non sur les autres parties qui ne furent jamais grevées réellement de la servitude.

L'académie des sciences morales et politiques a voulu apprécier le mérite du *Cours de droit administratif et public* de M. Laferrière, et M. Troplong, l'un de ses membres, s'est chargé de lui en rendre compte. Il vient de s'en acquitter avec cette sagesse qui ajoute toujours à ce qu'il y a de valeur dans l'œuvre, en même temps qu'elle en garantit la saine critique.

ANNONCES.

Séances et travaux de l'académie des sciences morales et politiques, compte rendu mensuel par MM. Gustave LOISEAU et Charles VERGÉ, avocats à la cour royale de Paris, sous les auspices de l'académie et la direction de M. MIGNET, son secrétaire perpétuel.

La première livraison vient de paraître. Indépendamment d'une introduction étendue et du bulletin des séances pendant le mois de janvier 1842, elle contient 1.^o l'analyse très-développée d'un mémoire de M. Barthélemy Saint-Hilaire, sur les *Derniers analytiques* d'Aristote; 2.^o le texte complet d'une communication de M. Blanqui sur l'état social des populations en Orient; 3.^o l'analyse de la première partie d'un mémoire de M. Troplong, qui a pour sujet l'*Influence du christianisme sur le droit privé des Romains*.

Un tel recueil devant embrasser tout à la fois la philosophie, l'histoire, la législation et l'économie politique, nous intéressera d'une manière toute spéciale; puisque le droit est la première des sciences morales et politiques.

Le compte rendu des séances de l'académie paraît tous les mois par livraisons de 4 à 5 feuilles grand in-8.^o; il forme chaque année 2 vol. de 25 à 30 feuilles. Prix, par année: 20 fr. pour Paris, 22 fr. 50 c. pour les départements, 25 fr. pour l'étranger.

Code de la saisie immobilière et de toutes les ventes judiciaires de biens immeubles, ou commentaire de la loi du 2 juin 1841, par CHAUVÉAU Adolphe. — 1.^{re} livraison. 1 vol in-8.^o 6 fr.

L'ouvrage se divise en deux parties.

La 1.^{re} partie ou classification méthodique des sources officielles contient: 1.^o les exposés des motifs et les rapports; 2.^o le texte ancien, les divers projets de 1829 à 1841 et le texte nouveau en regard; 3.^o sous chaque article, la discussion des deux chambres; 4.^o la circulaire du garde des sceaux aux procureurs-généraux; 5.^o l'ordonnance du 10 octobre 1841 sur le tarif des frais et dépens.

La 2.^o partie contient le commentaire de la loi suivant le plan de la nouvelle édition des *Lois de la procédure* de Carré par M. Chauveau.

La première livraison embrasse la première partie et le commencement de la seconde.

Le code de la saisie immobilière forme le tome 5 des *lois de la procédure*. C'est vraiment un livre complet, commode et utile comme tous ceux de M. Chauveau.

Rennes, janvier et février 1842.

DE LA DOT EN DROIT ROMAIN.

Dissertation couronnée (*), sur la question mise au concours de 1841, pour les docteurs en droit de la Faculté de Grenoble.

- * Indiquer, dans le Droit Romain, l'origine et le caractère de la Dotalité et des changements successifs introduits dans la législation sur ce point, en assignant, autant qu'il sera possible, les véritables causes de ces changements. »

I. Origine de la Dot.

La Dot (*Dos, res uxoria*) n'a pas toujours été à Rome une règle universelle; le père n'a pas toujours été dans l'obligation de doter sa fille (1). Avant de devenir un acces-

(2) Heineccius (*Antiq. rom. lib. 2, tit. 8, § 3*) enseigne que la Dot était en usage chez presque tous les anciens peuples. Malgré les expressions très-générales de l'auteur des *Antiquités romaines* (*omnibus ferè gentibus*), il paraît que pendant long-temps elle demeura inconnue à plusieurs nations. Ainsi, chez les Hébreux, les filles ne recevaient aucune Dot; chez les Assyriens, elles s'achetaient comme

(*) Le but primitif annoncé par l'introduction à la Revue, était de lui donner le caractère de *Revue des Facultés de Droit*, et de reproduire les dissertations qui auraient obtenu le prix dans les concours ouverts aux jeunes docteurs. La Revue, en devenant le recueil de ces remarquables productions, offrirait à la science un utile appui; nous nous empressons de publier la dissertation couronnée à Grenoble, et nous accueillerons avec reconnaissance celles qui nous seront adressées. (*Note du Directeur.*)

soire en quelque sorte obligé de tout mariage, la Dot ne dut pendant long-temps exister que dans certaines unions; il en était d'autres avec lesquelles elle ne pouvait se concilier : aussi sommes-nous obligés, pour donner une notion un peu certaine de l'origine de la Dot, d'indiquer quelles étaient, dans les premiers siècles de Rome, les différentes espèces de mariages et les effets principaux que la loi attachait à ces unions.

Il y eut à Rome, dès les temps les plus anciens, deux sortes de mariages : le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus*.

Le premier faisait passer la femme de la famille de son père dans celle de son mari. Aussi Ulpien met-il la *conventio in manum* au nombre des changements d'état (1). L'effet

une marchandise. A Sparte, les filles ne portaient à leurs maris d'autre Dot que l'honneur et la vertu : c'est ce qu'atteste ce passage de Justin : « *Virgines sinè dote nubere jussit* (Lycurgus), *ut uxores eligerentur, non pecuniæ, severiusque matrimonia sua viri coererent, cum nullis dotis frænis tenerentur* (lib. 5) » (Voy. Bouillet, Dictionnaire de l'antiquité v.^o Mariage; Merlin, Rép. v.^o Dot; Montesquieu, Esprit des lois, liv. 7, chap. 46). — Chez les Germains, c'étaient les maris qui donnaient une Dot à leurs femmes : « *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* (Tacite, de Mor. German. cap. 48). — L'usage de doter les filles en les mariant était cependant suivi à Athènes (Guérard, Essai sur le droit privé des Romains, liv. 4, chap. 5). — On peut encore consulter sur ce point Roussilhe Traité de la Dot, article préliminaire.

(1) *Minima capitis diminutio est per quam..... status dumtaxat hominis mutatur : quod fit adoptione et in manum conventione*. Ulp. Reg. tit. xi, § 13. — Brisson, de Rit. nupt. p. 482 et seq.

le plus remarquable du mariage avec *manus* était de placer la femme *filia loco* par rapport à son mari, en sorte que toutes les règles dérivant de la puissance paternelle lui devenaient applicables. Ainsi, elle sortait de la tutelle perpétuelle où étaient les femmes à Rome (1), pour n'être plus que sous la puissance et l'autorité de son mari, comme un enfant sous la puissance et l'autorité de son père. Les biens qu'elle possédait au moment du mariage et tous ceux qui pouvaient lui échoir par la suite, étaient irrévocablement acquis en toute propriété au mari, au moyen d'une *in universitatem successio* (2); en sorte que si la femme mourait pendant le mariage, elle ne laissait point d'héritiers, puisqu'elle ne pouvait point avoir de fortune particulière. Au cas de dissolution du mariage par la mort du mari, la femme assimilée à un enfant par rapport à lui, à une sœur par rapport à ses propres enfants, ne rentrait point dans sa première famille, mais elle recevait un tuteur dans celle de son mari, lorsque celui-ci ne lui en avait pas lui-même choisi un par son testament (3). Si le mari mourait sans enfants, elle recueillait toute sa succession; s'il en laissait, elle la partageait avec eux par égales parts : en un mot, elle était *hæres sua* (4), en sorte que sa prétérition dans le testament de son mari, annulait ce testament (5). Enfin, elle succédait à ses enfants (après la mort du mari) à titre de sœur, et ses enfants lui succédaient au même titre (6).

(1) Ulp. Frag. tit. xi, § 28.

(2) Marezoll, § 146. — Gaius, Comment. iii, § 82.

(3) Gaius, Comment. i, § 149.

(4) Heineccius, Antiq. lib. 1, tit. 10, § 6. — Gaius, Comment. iii, § 5.

(5) Ulp. xxii, 44; xxiii, 5.

(6) Gaius, Comment. iii, § 14. — Brisson, ubi supra, explique,

Tels étaient les effets principaux de la *Manus* : on ne peut se dissimuler, malgré ce que ce système peut nous présenter d'étrange aujourd'hui, qu'il n'ait produit à Rome d'excellents résultats, en resserrant les liens de famille. Toutes les conséquences en étaient parfaitement logiques.

Mais à côté du mariage avec *manus* s'élevait le mariage sans *manus* ou *libre*. Dans ce mariage, la femme ne devenait pas, par rapport à son mari, *filia*, mais *uxor*, et prenait le nom de *matrona*; elle n'était pas, par rapport à ses enfants, *soror*, mais *mater*; en un mot, elle entrait dans la *maison*, mais non dans la *famille* de son mari; l'union conjugale créait une *affinité*, mais non une *consanguinité fictive*, comme dans le mariage avec *manus*, et la femme conservait tous ses rapports de famille antérieurs : elle était seulement soumise à cette subordination qui est, d'après le droit des gens, un effet nécessaire du mariage. Enfin, le mari ne devenait pas propriétaire absolu des biens de sa femme : leurs patrimoines demeuraient distincts (1).

Cette différence entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus* nous amène à conclure immédiatement que c'est dans le dernier que la Dot a dû prendre naissance. La Dot, en effet, suppose une femme apportant à son mari des biens destinés à subvenir aux charges du mariage, mais que le mari devra restituer à sa dissolution; elle suppose également que le surplus des biens de la femme reste constamment séparé de la fortune du mari; or, ce système aurait été

p. 488, que, selon Denys d'Halycarnasse, c'est des lois de Romulus que dérivait cette règle d'après laquelle la femme était, dans la famille de son mari, assimilée à un enfant.

(1) Marezzoli, § 146.

incompatible avec le mariage avec *manus*, puisque dans celui-ci tout ce que la femme avait au moment de sa célébration, et tout ce qui pouvait lui échoir ensuite devenait irrévocablement la propriété du mari. Il est vrai que le père, en mariant sa fille, pouvait donner, pour soutenir les charges du mariage, quelque chose au mari; mais c'était là une véritable *donation* faite à celui-ci (1).

Mais comment le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus* existèrent-ils en même temps? Comment le premier disparut-il ensuite, pour ne laisser subsister que le second? Ce sont là des questions difficiles à résoudre; on peut cependant leur trouver une solution, sinon tout à fait positive, du moins très-probable, si l'on considère attentivement la constitution primitive de la société romaine et les changements qu'elle subit à diverses époques.

Rome forma dans les premiers siècles de son histoire, sous les Rois, et pendant la République jusqu'au Décemvirat, deux cités bien distinctes, la cité *patricienne* et la cité *plébienne* : et chacune d'elles avait, sur le droit privé, des règles qui lui étaient exclusivement propres. Ainsi, la condition des personnes chez les Patriciens différait essentiellement de la condition des personnes chez les Plébéiens. La puissance paternelle des Patriciens était différente de celle des Plébéiens; l'adoption, les testaments, les successions *ab intestat*, les tutelles offraient aussi dans les deux classes des distinctions marquées. Mais c'était surtout pour les mariages que cette dualité était la plus frappante.

L'étude comparée des anciens auteurs et des textes de lois,

(1) Nous verrons au chapitre IV, qu'il pouvait être stipulé que ce qui était donné par le père de la future à son gendre personnellement, serait restitué à la dissolution du mariage.

auxquels on est obligé de recourir pour connaître la législation romaine, fait ressortir une foule d'incohérences et de contradictions que la distinction du droit primitif romain en droit des Patriciens et droit des Plébéiens peut seule faire disparaître.

Il est à peu près historiquement prouvé que la division de la société romaine en Patriciens et Plébéiens fut le résultat des origines diverses des citoyens qui composèrent ces deux classes.

Les Patriciens prétendaient avoir une origine grecque : on pense du moins assez généralement qu'ils descendaient des Aborigènes qui vinrent, trois siècles avant la fondation de Rome, envahir les bords du Tibre occupés alors par les Sicules et se confondre avec ce peuple (1). Les Sicules et les Aborigènes réunis perdirent plus tard leurs noms pour celui de Romains. A l'époque de Romulus, ils furent inquiétés par une peuplade qui vint s'établir sur une colline voisine de leurs possessions; trop faibles pour se défendre de cette nouvelle tribu, ils ouvrirent un asile et accueillirent les esclaves fugitifs, les condamnés, les brigands des peuplades voisines, qui vinrent ainsi augmenter leurs forces; les nouveaux venus formèrent le second élément de la population romaine, mais ne se confondirent pas avec les autres habitants : ils habitaient sur l'Aventin et au pied de cette colline : les premiers habitants, au contraire, couvraient le Palatin. Ce n'était cependant qu'une seule ville divisée par une muraille : dans la partie la plus élevée étaient les an-

(1) Selon l'opinion la plus commune, les Aborigènes étaient une colonie d'Arcadiens, et les Sicules une colonie de Dalmates (Bouillet, Dictionnaire de l'antiquité, v.^{is} Aborigènes et Sicules).

ciens habitants, dans l'autre les réfugiés. Les premiers conservèrent une sorte de prééminence sur les seconds; c'était déjà deux ordres différents : c'est là l'origine des Patriciens et des Plébéiens (1).

Les Patriciens avaient leurs mœurs, leur droit public et privé. Les Plébéiens ne participaient pas à la puissance publique; le droit privé du Palatin ne leur était pas communiqué en entier : du moins il n'y avait pas entre les deux populations le *connubium*.

Les étrangers qui étaient venus au secours des Aborigènes n'avaient amené avec eux qu'un petit nombre de femmes. Mais bientôt l'occasion de s'en procurer se présenta. Une fête en l'honneur de Neptune fut célébrée : les peuplades voisines accoururent pour y assister, et les Sabins en plus grand nombre que les autres.

Tout le monde connaît l'enlèvement des Sabines; les femmes enlevées, emmenées violemment dans la maison de leurs ravisseurs, furent traitées à l'égal des esclaves qu'on pouvait vendre et mettre à mort.

Telle fut l'origine de la *Manus*.

Les Patriciens conservèrent, au contraire, leur mariage d'origine grecque, fondé sur le droit des gens et accompli avec certaines cérémonies : c'était le mariage sans *manus*, appelé aussi de nos jours, par quelques auteurs, mariage *libre*; dans ce mariage, la femme était élevée au rang de son mari, elle devenait pour lui *consors vitæ*.

(1) Romulus, il est vrai, institua aussi des Chevaliers, mais ce ne fut que du temps des Gracques, ou même de Cicéron, qu'ils formèrent un ordre particulier (Rollin, Histoire romaine, tom. 1, chap. 2, art. 1, § 1).

Une loi de Romulus modifia plus tard les droits des Plébéiens sur leurs femmes, notamment en dispensant celles-ci des travaux les plus humiliants; mais si elles cessèrent d'être considérées comme de véritables esclaves soumises à la puissance d'un maître, elles restèrent du moins soumises à l'autorité maritale la plus sévère que l'on retrouve dans les législations anciennes. Dans ce mariage, la femme était *in mancipio* : pour elle il n'y avait ni propriété, ni liberté; elle ne pouvait rien acquérir et ne possédait qu'à titre de pécule (1)

Cette double origine des deux espèces de mariage (2) me paraît ne pouvoir être révoquée en doute.

Malgré l'institution toute politique des Patrons et des Clients par laquelle Romulus voulut arrêter la rivalité qui commençait à naître entre les Patriciens et les Plébéiens, l'origine grecque et l'origine italique ne s'effacèrent que lentement dans Rome, et il y eut long-temps (chose extraordinaire et dont l'histoire n'offre aucun autre exemple) deux villes dans une seule ville, deux peuples dans un seul peuple.

Mais toutes ces notions historiques ne nous donnent pas encore d'une manière suffisante la solution de la difficulté que nous voulons éclaircir : en d'autres termes, elles ne nous expliquent pas comment s'acquerrait la *Manus*. La difficulté semble même se compliquer, puisque d'un côté nous attribuons le mariage libre aux Patriciens et d'un autre côté le mariage par *Confarreatio* (qui pouvait donner nais-

(1) Hugo, Histoire du Droit Romain, § 401.

(2) Marezoll les appelle aussi mariage rigoureux et mariage non rigoureux (§ 141).

sance à la *Manus*) n'avait lieu qu'entre Patriciens. Quelques mots sur la *Confarreatio*, la *Coemptio* et l'*Usus* éclairciront ces obscurités.

Cicéron et Ulpien nous avaient bien donné une idée des diverses manières dont la puissance maritale s'acquerrait, et les auteurs qui ont écrit sur la législation romaine avaient fait sur cette partie du Droit de longs commentaires. La découverte des Institutes de Gaius (1), en donnant de nouveaux trésors à la science, a modifié en grande partie les idées que l'on avait eues jusqu'alors sur le Droit privé des Romains, notamment en ce qui concerne les mariages et la puissance maritale. L'importance du texte de Gaius, où il explique les diverses manières d'acquérir la *Manus*, nous engage à le reproduire en entier.

« COMMENT. I, § 109. . . . *In manum autem feminae tantum conveniunt.* — 110. *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant : Usu, Farreo, Coemptione.* — 111. *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat : nam velut annuâ possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat, filiaque locum obtinebat : itaque lege Duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita Usum cujusque anni interromperet; sed hoc totum Jus partim legibus sublatum est et partim ipsâ desuetudine oblitum est.* — 112. *Farreo in manum conveniunt per quodam genus sacrificii in quo farreus panis adhibetur; unde etiam Confarreatio dicitur; sed complura præterea hujus juris ordinandi gratiâ cum certis et solemnibus*

(1) En 1816, à Vérone, par Niebhür.

» *verbis, præsentibus decem testibus aguntur et fiunt :*
 » *quod jus etiam nostris temporibus (1) in usu est ; nam*
 » *Flamines Majores, id est, Diales. Martiales, Quiri-*
 » *nales..... sacrorum nisi..... Confarreatio..... — 113.*
 » *Coëmptione in manum conveniunt per mancipationem,*
 » *id est, per quamdam imaginariam venditionem, adhi-*
 » *bitis non minus quàm V testibus, civibus romanis pu-*
 » *beribus, item libripende, præter mulierem eumque*
 » *cujus in manum convenit ».*

Chaque phrase du texte que je viens de rappeler a son importance : chaque phrase nous donne une notion historique ; toutefois il est à remarquer que Gaius ne fait pas remonter ses réflexions au-delà de la loi des XII Tables. Le § 111 prouve jusqu'à l'évidence que le mot *olim* dont il se sert dans le § 110 indique l'époque du droit des Décemvirs.

Mais antérieurement, c'est-à-dire depuis l'époque que j'ai indiquée comme étant celle où commença la distinction des Patriciens et des Plébéiens, que s'est-il passé jusqu'à la loi des XII Tables ?

Il semble qu'il existe ici une lacune comprenant la plus grande partie de la Royauté et le commencement de la République ; mais une remarque bien simple suffit, je crois, pour la combler ; c'est que la loi des XII Tables n'a pas, quant à l'état des personnes, créé des institutions ni des formalités nouvelles : elle n'a fait que transformer en lois écrites ce que l'usage avait déjà consacré (2). En examinant

(1) Gaius était contemporain d'Adrien et de Marc-Aurèle (Bouillet, Diction. hist. v.^o *Gaius Titus*) ; c'est-à-dire qu'il vivait entre l'année 117 et l'année 180 après Jésus-Christ.

(2) Hugo, § 50 et note 2 ; Mackeldey, § 25.

les diverses manières dont la *Manus* accompagnait le mariage après les XII Tables, à cette époque que Gaius désigne par le mot *olim*, on découvre par là même ce qui était en usage auparavant. C'est qu'en effet, je le répète, la loi des XII Tables eut un but qui n'est pas celui que lui ont attribué plusieurs auteurs : je ne pense pas que les Décemvirs aient eu mission d'établir des institutions nouvelles, des usages nouveaux, quant à l'état des personnes, mais seulement de rédiger en lois écrites les institutions déjà consacrées par l'usage, dans l'objet de fonder un droit unique, uniforme, commun aux deux ordres des Patriciens et Plébéiens : en d'autres termes, quant au mariage et à ses effets, par exemple, on ne peut pas considérer la loi des XII Tables comme le commencement d'une période historique. Avant que les XII Tables fussent écrites, il y avait donc le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus* ; il y avait donc aussi déjà plusieurs manières d'acquérir la *manus*, telles que la *Confarreatio*, la *Coëemptio* et l'*Usus*, dont parle Gaius.

1.^o *Confarreatio*. — Je n'entrerais pas dans le détail de la cérémonie qui se pratiquait : mais il faut remarquer dans quelle erreur on tomberait, si l'on croyait que la *Confarreatio* donnait toujours naissance à la *Manus* : il fallait bien qu'il en fût autrement, puisque les Patriciens se mariaient par *Confarreatio*, et cependant les matrones romaines n'étaient pas *in manu*. C'est qu'en effet il y eut des mariages par *Confarreatio* avec *manu* et des mariages par *Confarreatio* sans *manu* (1). Rappelons-nous le texte de

(1) Une loi de Romulus sur le mariage était ainsi conçue : « *Uxor Farreatione viro juncta, in sacra et bona ejus venito* ». Ces mots *in sacra et bona venire* ne sont-ils pas incompatibles avec la *Manus*? (Voy. Rollin, hist. rom. t. 1, ch. 2, art. 1, § 1).

Gaius. Les époux en présence de dix témoins font un sacrifice et mangent le *farreus panis* : voilà le mariage accompli; mais la *Manus* n'existe pas encore, *complura præterea... aguntur*; il faut des paroles solennelles, *certis et solemnibus verbis*. Ulpien est encore plus positif, car il met en première ligne les paroles solennelles pour créer la *Manus*. *Farreo convenit uxor in manum certis verbis et testibus decem præsentibus et solemnî sacrificio facto in quo*, etc. (1). Il est donc certain que la *Manus* résultait d'une convention, d'un contrat verbal, quand le mariage se faisait par *Confarreatio*. Ce mode de mariage dut être, dans le principe, particulier aux Patriciens, car les enfants qui naissaient de cette espèce d'union pouvaient seuls remplir les premières fonctions sacerdotales (2).

2.º *Coemptio*. — Si la *conventio in manum* était facultative dans la *Confarreatio*, il n'en était pas de même dans la *Coemptio* : dans ce second mariage, elle existait de plein droit; c'était le mariage des Plébéiens, c'était une véritable vente qui rappelait l'esclavage dans lequel s'étaient trouvées les femmes enlevées par les habitants de l'Aventin.

3.º *Usus*. — Quant à l'*Usus*, il est bien évident que les Plébéiens seuls pouvaient ainsi prescrire leurs femmes et les avoir *in manu*, après une possession annale (3).

Quel changement apporta la loi des XII Tables ?

(1) *Reg. tit. 9*.

(2) V. ci-dessus Gaius, § 112 *in fine*, et Hugo, § 542 et note 1.

(3) Hugo (§ 74), pense que les Patriciens pouvaient aussi prescrire leurs femmes : cette opinion me semble trop absolue. Sans doute ils eurent cette faculté après que le mariage entre Plébéiens et Patriciens fut permis, si la femme prescrite était Plébéienne; mais ils ne pouvaient l'avoir avant que ce mariage fût autorisé, car jamais une Patricienne ne put se prescrire comme une chose.

La loi des XII Tables fut le triomphe des Plébéiens sur les Patriciens; elle fonde en un seul droit écrit les droits coutumiers des deux ordres de citoyens. Chaque espèce de mariage devint commune à tous. La *Confarreatio*, avec ou sans *manus*, fut conservée; la *Coemptio*, avec la *Conventio in manum* qui l'accompagnait forcément, le fut aussi; quant à l'*Usus*, la loi des XII Tables établit qu'il pourrait être interrompu chaque année (1).

La *Confarreatio* disparut peu à peu de Rome, et sous Tibère on ne trouvait que difficilement trois Flamines nés d'une union semblable (2). Quant à la *Coemptio*, on en retrouvait à peine quelque trace du temps de Cicéron (3). Quant à l'*Usus*, Hugo (4) pense que c'est la loi de *Julia de maritandis ordinibus* (publiée sous Auguste, 17 ans avant J.-C.) qui l'abolit entièrement. Ainsi, toutes ces antiques solennités, toutes ces formalités disparurent successivement pour faire place au mariage par simple consentement (*nuptias consensus facit*), tel qu'on le trouve réglé, avec tous ses effets, dans le droit de Justinien (5).

Mais la fusion qu'avaient eue en vue les Décemvirs ne s'opéra que lorsque la loi *Canuleia* eût permis le mariage entre Patriciens et Plébéiens (6).

(1) Voyez ci-dessus Gaius, § 111.

(2) Tacite, *Annales*, lib. 4, cap. 16. — Heineccius, *Antiq. lib. 1, tit. 10*, § 9.

(3) Heineccius, *ibid.* § 10.

(4) § 293.

(5) La *Conventio in manum* disparut peu à peu sous le gouvernement impérial, mais sans qu'on puisse fixer à quelle époque. Marezoll, § 141.

(6) An 309 de Rome. (V. Bouillet, v.^{is} *Canuleius*, *Canuleia*, et Rollin, tom. 2, liv. 5, § 2).

On comprendra pourquoi je suis entré dans ces détails sur les diverses espèces de mariage et sur la différence à faire entre ceux qui donnaient et ceux qui ne donnaient pas naissance à la *Manus*, si l'on se rappelle que j'ai indiqué plus haut la position de la femme par rapport à son mari dans l'un et l'autre cas, et expliqué que la Dot a dû prendre naissance dans le mariage sans *manus* avec lequel seul elle pouvait se concilier, surtout dans le principe, c'est-à-dire lorsque le mariage libre était le privilège des riches Patriciens. Ainsi, l'origine et les phases du mariage libre nous montrent l'origine et les phases de la Dot; et ce qui prouve, en résumé, qu'il est impossible de se tromper à cet égard, c'est que, d'un côté, il est historiquement établi que la Dot était en usage à Rome, dès les temps les plus anciens, à l'époque où la *Manus* conservait encore toute sa rigueur primitive (1), et que, d'un autre côté, il est incontestable que la Dot devait être incompatible avec la *Manus* (2).

La loi des XII Tables (ou du moins les fragments de cette loi qui sont parvenus jusqu'à nous) sont entièrement

(1) D'après une loi de Romulus, les clients devaient fournir des Dots aux filles de leurs patrons, si ceux-ci n'étaient pas en état de le faire. Bouillet, v.^o Clients; Rollin, tom. 1, ch. 2, art. 1, § 1.

(2) Un professeur (Revue de législation, t. 7, p. 313) a pensé que la Dot était née d'une assimilation de ce qui avait lieu dans la *Manus*, au mariage libre. Cette idée ne me paraît pas fort juste, car il faudrait admettre alors que la Dot, chez les Romains, n'a commencé à exister qu'après l'époque à laquelle la *Manus* prit naissance : or, l'histoire prouve au contraire que la Dot est aussi ancienne (sinon plus ancienne) que la *Manus*.

muets sur la Dot (1). Il y a, selon moi, deux manières d'expliquer ce silence. Ou il était question de la Dot dans la Table IV (*de Jure patrio et connubii* (2)) et les dispositions qui y étaient relatives, nous sont restées inconnues; ou il faut attribuer ce silence à la manière même dont ces lois ont été rédigées. Si l'on admet en effet, ainsi que je l'ai dit plus haut, que la loi des XII Tables ait eu pour but unique de soumettre les deux ordres de l'état à un seul et même droit privé, elle n'eut, en quelque sorte, rien à créer, et en se bornant à poser des principes généraux déjà établis par la coutume, il résultait nécessairement de là l'application des principes secondaires de cette même coutume. Ainsi, en posant les principes généraux du mariage, il devenait facile de déduire les conséquences de ces principes et de les appliquer aux accessoires du mariage, à la Dot, par exemple (3). Cette seconde manière d'interpréter le silence de la loi des XII Tables sur la Dot me semble préférable, d'autant mieux que si l'on admettait que ses dispositions ne nous sont pas parvenues, comme les autres textes des lois romaines, il devrait paraître extraordinaire, au moins, que les anciens jurisconsultes, Ulpien, Gaius, Cicéron même, n'en eussent pas parlé, comme ils ont parlé de tant d'autres matières du droit : ainsi, je crois qu'à cet égard la science n'a pas de regrets à

(1) Hugo, § 402.

(2) S'il était question de la Dot dans la loi des XII Tables, ce ne pouvait être que dans cette 4.^e Table, toutes les autres étant entièrement étrangères au mariage. V. dans les *Fontes* IV, jur. civ. de Jacob. Godefroy, le tableau synoptique de la loi des XII Tables.

(3) Guérard, p. 373-374, est de cette opinion.

exercer. — Ce n'est donc que postérieurement à la loi des XII Tables que nous trouverons des textes de lois relatifs à la Dot, lorsque nous aurons à en examiner les principes dans les chapitres suivants.

Heineccius (1) fait remarquer que la Dot était si indispensable à Rome, que c'était par elle seule, en quelque sorte, que le Mariage (*Matrimonium*) se distinguait du Concubinat (*Concubinatus*). Nous trouvons, en effet, dans les lois romaines un grand nombre de textes desquels il résulte que la Dot ne pouvait avoir lieu que dans le *Matrimonium* (2) et dans un mariage valable (3). Cette réflexion d'Heineccius est d'autant plus juste que les effets du concubinat ne ressemblaient en rien à ceux du *Matrimonium*, quant à la position de la femme par rapport à son mari, quant aux droits de filiation qui en résultaient, etc (4). On comprendra encore combien la Dot dut être importante, surtout jusqu'à l'époque de Justinien, pour distinguer le mariage d'avec le concubinat (*inæquale conjugium*), si l'on remarque que le concubinat avait lieu, en général, entre un homme d'une condition élevée et une femme de basse condition; et ce ne fut que par les Novelles 74, ch. 4 et 117, ch. 4, que les *dotalia instrumenta* furent exigés pour le mariage des personnes d'un certain rang et purent ainsi établir entre le mariage et le concubinat une différence que la Dot seule avait pu faire jusqu'alors.

(1) *Antiq. Rom.* lib. 2, tit. 8, § 5.

(2) *Ubi cumque matrimonii nomen non est, nec dos est.* L. 5, ff. de Jur. dot.

(3) LL. 21; 43 pr.; 76 in fine, ff. de Jur. dot. — L. 4, § 2, ff. de pact.

(4) Quinon, n.º 45.

Cependant le motif donné par l'auteur des *Antiquités romaines* n'est pas le seul par lequel on doit expliquer la place importante que la Dot occupa dans la législation romaine et la faveur dont elle a joui (1), faveur si inouïe qu'on a pu dire que Rome avait été la terre classique de la Dotalité. Nous trouvons, non seulement dans les commentateurs, mais même dans les textes du corps de droit romain, la preuve que la faveur dont jouissait la Dot avait un motif qui tenait surtout à l'intérêt public; on peut même dire que les dispositions de la loi sur la Dot eurent, du moins sous Auguste, un but essentiellement politique, celui de faciliter les mariages qui donnaient des enfants à la république (2) : je reviendrai sur ce point.

Avant de terminer ce chapitre, je dois faire remarquer qu'on a quelquefois par erreur confondu avec la Dot (*Dos*) ce que les Romains appelaient *Dona nuptialia*, *Munera nuptialia*. Il était d'usage que chacun des convives invités aux fêtes du mariage offrit un cadeau, quelque minime qu'il fût, à l'époux et à l'épouse, pour leur témoigner l'intérêt qu'il prenait à leur union. C'était là ce qu'on appelait *Munera nuptialia*. Il en est fait mention dans la loi 1, § 5, ff. de tut. et ration. distr. et dans la loi 13, § 2, ff. de administr. et peric. tut. (3). Bien que ce ne fût là que de simples cadeaux, ils étaient quelquefois si considé-

(1) *Dotium causa semper et ubique præcipua est* : L. 1, ff. solut. matrim. — *In ambigu, pro dotibus respondere melius est* : L. 85, ff. de reg. jur. — L. 9, § 1, et 70 ff. de Jur. Dot. — L. Ult. C. ad S. C. Vell.

(2) L. 2, ff. de Jur. Dot. — L. 1, ff. solut. matrim. — LL. 17, § 1 et 18, ff. de reb. auct. jud. — L. 7, § 5, ff. de bonis damnat.

(3) Voy. aussi Brisson, de *Ritu nuptiarum* (in fine).

rables qu'ils auraient pu tenir lieu de Dot à l'épouse (1) — L'expression de *Munera nuptialia* est employée dans un sens un peu différent par Ulpien (2), qui s'en sert pour désigner les cadeaux faits par le mari lui-même à sa future avant le mariage. Dans tous les cas, il suffit de remarquer qu'aucune des règles de la Dot ne saurait s'appliquer à ces *Dona nuptialia* qui restaient à la femme comme une propriété privée, particulière, paraphernale en un mot (3).

Il est temps à présent de montrer les développements successifs des principes dominants de la Dotalité romaine; ce sera seulement après l'exposé que je vais en faire, qu'on pourra avoir une juste idée des caractères du régime dotal du droit romain.

II. Objet de la Dot. Espèces de Dot. Formes de la constitution de Dot.

La Dot étant donnée au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, tout ce qui pouvait augmenter la

(1) Pline le jeune fit ainsi à la fille de Quintilien, à l'occasion de son mariage avec Nonius Celer, un cadeau de 50,000 sesterces (1 million). Voy. Heineccius, *Antiq. rom.*, lib. 2, tit. 7, § 8. — Bouillet, v.^o *Pline le jeune*.

(2) L. 194, ff. de verb. signif.

(3) Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 7, chap. 13), dit que les Dots doivent être médiocres dans les Républiques où le luxe ne doit pas régner. Ces principes n'étaient pas suivis à Rome : l'histoire atteste en effet que les Dots y furent en général très-considérables. Ainsi, la seconde femme de Paul-Émile lui apporta en Dot 23 talents (plus de 120,000 fr.). Voy. Heineccius, *Antiq. Rom.*, lib. 2, tit. 8, § 3.

fortune du mari pouvait être l'objet d'une Dot. Ainsi, on pouvait constituer en Dot :

- 1.^o Des biens corporels de toute nature;
- 2.^o Un droit réel, comme un usufruit (1);
- 3.^o La renonciation, *dotis causâ*, à un droit réel d'usufruit, par exemple (2);
- 4.^o La renonciation à une créance contre le mari (3);
- 5.^o La renonciation par la femme elle-même, *dotis causâ*, en faveur de son mari, à un droit qui lui était déferé par testament, par exemple, comme dans le cas de la loi 14, § 3, ff. de fund. dot.;
- 6.^o Enfin, la femme pouvait se constituer en Dot toute sa fortune, ou une partie seulement (4).

Ces principes sont ceux du Digeste; mais ils ne comprenaient pas un cas qui pouvait cependant se présenter fréquemment, celui où la personne qui devait ou voulait constituer une Dot, ne pouvait le faire qu'au moyen d'un transport de créances, parce qu'elle n'avait pas d'autres biens dont elle pût ou voulût disposer : cette lacune fut comblée par une constitution des empereurs Valérien et Gallien, de l'année 261, qui ajouta aux diverses choses qui pouvaient faire l'objet d'une Dot, les créances contre des tiers (5). Cette partie des principes de la Dot ne varia plus depuis cette époque, car on ne trouve aucune disposition législative ultérieure qui y soit relative (6).

(1) Loi 7, § 2, ff. de jur. Dot.

(2) Loi 37, ff. Solut. matrim.

(3) LL. 12, § 2 et 41, § 2, ff. de jur. Dot.

(4) LL. 72 pr. ff. et 4, Cod. de jur. Dot.

(5) L. 2, C. de oblig. et action.

(6) Il est inutile de faire remarquer que le mari lui-même ne

On a toujours distingué en droit romain trois sortes de Dot : la Dot *profectice*, la Dot *adventice* et la Dot *réceptice*.

La Dot *profectice* était celle qui était donnée par le père ou le grand-père paternel de la femme (1), ou celle qu'ils chargeaient un tiers de constituer en leur nom (2).

La Dot *adventice* était celle que la femme se constituait sur ses biens particuliers quand elle en avait (3), ou qui lui était constituée par un tiers (4).

Enfin, la Dot *réceptice* était celle qui était donnée avec stipulation de la part du constituant qu'elle lui retournerait après la dissolution du mariage (5).

Il ne faudrait pas croire que ces distinctions entre les diverses espèces de Dot fussent purement subtiles (comme tant d'autres que l'on rencontre dans le droit romain), ou bien inventées par les docteurs qui ont commenté les lois romaines, et qu'elles fussent sans utilité dans la pratique. La considération de la personne qui avait constitué la Dot influait en effet d'une manière remarquable sur les règles à suivre dans le cas de sa restitution (6). Cependant, du temps de Justinien, ces distinctions ne paraissent plus d'une manière aussi marquée, et, en se servant des expressions de Dot *ad-*

pouvait directement recevoir la Dot que s'il était *sui juris*. Si, au contraire, il était encore sous la puissance paternelle, la Dot était remise au *paterfamilias* (L. 57, ff. de jur. Dot.).

(1) Ulpien, vi, §. L. 3, pr. ff. de jur. Dot.

(2) Dict. leg. § 1.

(3) Dict. leg. § 11, in fine.

(4) Dict. leg. §§ 9 et 14. — Ulp. loc. citat.

(5) L. 51, § 2, ff. de mortis causa donat. Ulp. vi, §. — Voyez aussi l. unic. § 13, C. de rei uxor. act.

(6) Voy. sur ce point Hugo, § 532.

ventice, Dot *profectice*, l'empereur semble se reporter à une époque déjà ancienne : *Secundum veteris juris nominatio-*
nem (1).

Bien que la constitution de Dot ne fût qu'une chose accessoire dans le mariage et ne pût être mise au nombre des conditions essentielles de sa validité, la faveur dont jouissait le mariage et le but qu'on se proposait en le favorisant, firent imposer à certaines personnes l'obligation de faire des constitutions de Dot.

C'est ici le cas de rappeler deux lois célèbres portées sous Auguste, les lois *Julia de maritandis ordinibus* et *Pappia Poppæa*, qui sont, d'après l'avis de Hugo (2), les plus importantes, sous le rapport du droit civil, de celles rendues dans le cours de la troisième période et même de toutes celles rendues depuis les XII Tables : elles furent publiées dix-sept ans avant J.-C. (3).

Au commencement de l'empire, le nombre des citoyens romains se trouvait considérablement diminué (4) par suite des guerres civiles des Triumvirats et des proscriptions. Les

(1) L. unic., § 1, C. de rei uxor. action.

(2) § 293.

(3) On peut consulter sur les lois *Julia de marit. ordin.* et *Pappia Poppæa* : Heineccius (*Ant. rom.*), J. Godefroy (*Fon-*
tes iv jur. civ.), Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. 23, chap. 21), Hugo (§ 293, etc.). — Il paraît qu'outre ces deux lois, on publia en même temps les lois *Julia de caducis, caducaria, de penis cælibatus et orbitatis*, créées dans le même but (Hugo, *ubi sup.*) : Tacite leur donne la dénomination commune de *Julia Rogationes* (*annal. lib. 3, cap. 23*). Ulpien les cite en différents endroits (*Regular. tit. 13, 14, 16, etc.*).

(4) Il n'y avait alors que 150,000 chefs de famille.

mœurs commençaient aussi à se relâcher, et les citoyens devenaient de plus en plus éloignés du mariage : il était indispensable de remédier à ce mal.

Ce que Jules-César n'avait fait que commencer en rétablissant la censure, Auguste l'accomplit. Cependant les lois qu'il fit sur la propagation de l'espèce, n'atteignirent qu'indirectement le but qu'il s'était proposé; sous les empereurs qui lui succédèrent, la corruption des mœurs reprit le dessus, et lorsque, quatre siècles plus tard (438 ans après J.-C.), Théodose II les abrogea, il y avait déjà long-temps qu'elles étaient tombées en désuétude.

La loi *Julia* (ainsi appelée du nom de l'empereur lui-même) et la loi *Pappia Poppæa* (à laquelle les consuls M. Papius et Q. Poppæus donnèrent leurs noms), créèrent des privilèges et des prérogatives pour les personnes mariées, principalement en faveur de celles qui avaient le plus grand nombre d'enfants : elles établirent aussi des peines tout à la fois pour ceux qui restaient dans le célibat et pour ceux qui, quoique mariés, n'avaient pas d'enfants (1). La seule disposition de la loi *Julia* que j'aie à rappeler, parce que c'est la seule qui se rapporte au sujet que je traite, est celle qui est reproduite dans le Digeste (2) comme étant le trente-cinquième chef de cette loi, et d'après laquelle le père ou l'aïeul légitime étaient dans l'obligation de doter leur fille ou leur petite-fille qui se mariait (3). Ce n'était pas là le moyen

(1) On retrouve quelques-unes de ces dispositions rapportées dans Tacite (*Annal. lib. 2, cap. 31*), ou reproduites dans les lois 6, § 3, *ff. de decur. et filiis eorum*; 2, *ff. de minor. 23 ann.*; 1, § 3 et 2, § 1, *ff. de vacat. et excus. muner.* — Ulp. *Reg. xvi, 1; xxix, 3, etc.*

(2) *L. 19 de ritu nuptiarum.*

(3) Voy. aussi *L. 6, ff. de collation.*

le moins puissant pour engager les hommes à se marier, et il paraît que si ces prescriptions ne furent reçues d'abord qu'avec difficulté parmi les citoyens romains (1), les effets qu'elles produisirent n'en furent pas moins très-avantageux; car il semble résulter de la loi 19 *ff. de ritu nuptiarum* déjà citée, que les empereurs Sévère et Antonin prirent soin plus tard de les rappeler ou de les confirmer.

Cette obligation imposée par la loi *Julia* au père ou à l'aïeul de doter leur fille ou leur petite-fille, fait époque dans l'histoire du régime dotal; et l'on peut remarquer ici, comme dans bien d'autres circonstances, que les lois romaines les plus importantes furent presque toujours créées dans un but uniquement politique.

Le père et l'aïeul n'étaient toutefois obligés de constituer une Dot qu'en proportion de leur fortune (2).

Une restriction non moins importante que la précédente fut apportée à la loi *Julia* par une constitution de Justinien (3), de l'année 530, qui limita l'obligation du père ou de l'aïeul au cas où la future n'aurait pas elle-même des biens particuliers (4).

Enfin, une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, de l'année 287 (5) (confirmée plus tard par

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 23, chap. 21.

(2) *LL. 60 et 69, § 4 et 5, ff. de jur. Dot.* Il est probable que cette restriction ne fut pas consignée dans la loi *Julia* elle-même, mais qu'elle ne fut établie que postérieurement.

(3) C'est par erreur que dans quelques corps de droit romain, notamment dans le *Corpus academicum parisiense*, cette loi est indiquée comme étant de Justin, car elle porte la date de 530, et Justin était mort dès 527.

(4) *L. 7, C. de Dot. promiss.*

(5) Si ce n'est plus tôt (Marezoll, § 147).

une Constitution de Justinien, en 530) (1), étendit à la mère, mais seulement pour des motifs graves, l'obligation que le chapitre 35 de la loi *Julia* n'avait imposée qu'au père et à l'aïeul (2).

Dans l'ancien droit, la Dot pouvait être constituée de trois manières (3). Elle pouvait l'être :

1.^o Par *Promissio dotis*, c'est-à-dire au moyen d'une stipulation ou obligation verbale, contenant promesse d'une dot (4).

2.^o Par *Dictio dotis*, c'est-à-dire par une promesse faite en termes solennels et consacrés (5). Ce qui la distinguait de la *Promissio dotis*, c'était, outre la solennité des termes, qu'elle ne pouvait être valable qu'entre certaines personnes, telles que la femme, son père et ses débiteurs (6).

(1) L. 49, § 1, C. de hæret. et manich.

(2) L. 14, C. de jur. Dot. Ce serait une question difficile, mais intéressante à examiner, que celle de savoir si la femme était obligée de se constituer à elle-même une Dot, lorsqu'elle avait de la fortune. Sans vouloir émettre ici une opinion bien formelle, je pencherais pour l'affirmative. Le but de la loi *Julia* était de favoriser les mariages : un des meilleurs moyens à employer pour atteindre le but qu'on se proposait fut de faire de la Dot un accessoire obligé de tout mariage. Si une règle de justice dut faire dispenser le père de constituer une Dot à sa fille, quand elle avait une fortune personnelle, cette dernière devait alors être obligée de se faire elle-même une constitution de Dot : sans cela, dans un grand nombre de cas, le but de la loi n'eût pas été atteint (Voy. les lois 52, ff. de admin. et peric. tut. et 9 C. id. qui peuvent fournir un argument en faveur de cette opinion).

(3) Ulpien, vi, 1 et 2.

(4) Heineccius, *Antiq. lib. 2. tit. 8, § 3*.

(5) Heineccius, *ibid.* § 6.

(6) Ant Hotman, *de veteri ritu nupt. cap. 3*. Hugo, § 254.

3.^o Enfin, par *Datio dotis*, c'est-à-dire une tradition réelle de ce qui faisait l'objet de la Dot (1).

Ces trois manières de constituer la Dot subsistèrent jusqu'à une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, en 428, d'après laquelle la simple promesse de Dot, sans *Stipulation*, ni *Dictio dotis*, devint valable et put donner lieu à une action (2). Ainsi disparut cette distinction tout à fait inutile qui existait entre la *Dictio dotis* et la *Promissio dotis*, et qu'on ne peut expliquer que par l'amour des Romains pour les formalités. Quant à la *Datio dotis*, elle conserva sous Justinien le même caractère qu'elle avait auparavant.

Le mari eut bien toujours le droit de revendiquer la Dot contre tout possesseur, même contre sa femme, soit par l'action en *revendication* (3), soit par l'action *publienne* (4); néanmoins, pendant plusieurs siècles, il dut arriver souvent que la constitution de Dot fût illusoire, faute de garanties accordées au mari, soit pour en exiger le paiement de ceux qui l'avaient constituée, soit pour être indemnisé du retard qu'il éprouvait à la recevoir, ou de l'éviction qui venait l'en priver. Et l'on peut se demander comment il put se faire qu'on ne cherchât pas plus tôt à

(1) Dans le cas de *Dation* d'une Dot consistant en argent ou tout autre objet mobilier, l'usage général était, dans les premiers temps, de la déposer la veille ou l'avant-veille du mariage entre les mains des Auspices ou Augures que l'on consultait, et qui la rendaient ensuite au mari, le lendemain de la célébration (Heineccius, *ibid.* § 4. — Hotman, *ibid.* Cap. iv).

(2) L. 6, C. de Dot. promiss.

(3) L. 24 ff. de act. rer. amot. et L. 11, C. de jur. Dot.

(4) L. 3, § 1, ff. de public. in rem. action.

mettre un terme à ces inconvénients. Ce ne fut, en effet, qu'en l'année 202 qu'une constitution des empereurs Sévère et Antonin vint accorder au mari une première sûreté, en décidant qu'en cas d'éviction de la Dot, il aurait une garantie contre ceux qui l'auraient constituée (1); et ce fut seulement trois siècles et demi plus tard, en 530, que Justinien décida que le débiteur de la Dot, en retard de la payer, en devrait les intérêts (2); et, ce qui était le plus important encore, que celui à qui une Dot aurait été promise aurait, à raison de ce, une hypothèque légale sur les biens du constituant (3). Par là furent complétées les sûretés accordées au mari; et il était, d'autant plus juste et d'autant plus logique qu'il en fût ainsi, qu'à cette même époque (de l'année 528 à l'année 531), Justinien accorda successivement à la femme plusieurs sûretés pour la restitution de sa Dot (V. ci-après ch. IV). La loi donnant plus de garanties à la femme contre son mari, devait en accorder davantage aussi au mari contre les débiteurs de la Dot, sans quoi il aurait pu arriver souvent que la garantie de la femme eût été illusoire.

III. Inaliénabilité de la Dot immobilière. Loi Julia de fundo dotali.

D'après le droit de Justinien, la Dot, pendant le mariage, appartenait-elle au mari ou à la femme? Cette

(1) *L. 1, C. de jur. Dot.*

(2) Pour la quotité des intérêts, selon la nature des objets constitués en Dot, voy. la *L. 34, § 2, C. de jure Dot.*

(3) *L. unic. § 1, C. de rei ux. action.*

question qui, au premier abord, parait bien simple, a cependant, à toutes les époques, divisé les auteurs.

Les uns ont pensé que le mari était propriétaire de la Dot, quand elle consistait en choses fongibles ou lorsqu'elle lui avait été remise *venditionis causâ*, et que dans tous les autres cas la femme avait la vraie propriété (*dominium naturale*) de la Dot, tandis que le mari n'en avait qu'une propriété fictive (*dominium civile*). C'est l'opinion la plus répandue, notamment celle de Cujas (1).

D'autres ont considéré le mari comme unique propriétaire de la Dot, et n'ont accordé à la femme qu'une action en restitution (2).

D'autres ont prétendu que la femme conservait pendant le mariage la propriété de la Dot, et que le mari n'en avait que l'usufruit et l'administration.

D'autres enfin ont dit que le mari était toujours propriétaire de la Dot, mais que la femme pouvant, après la dissolution du mariage, en demander la restitution, on pouvait aussi considérer la Dot comme faisant partie des biens de la femme; ce qui revient à dire qu'ils en sont propriétaires tous les deux, et cette dernière opinion rentre ainsi dans la première (3).

Il me semble que ce point de droit n'aurait pas dû faire naître tant de difficultés. Les explications qui vont suivre montreront que les droits de propriété sur la Dot

(1) *Observ. et Emendat. lib. x, cap. 52.*

(2) C'est sans doute par erreur que Mackeldey (§ 321, note 5, n.º 2) attribue cette opinion à Cujas.

(3) Mackeldey, même § 321.

ont eu successivement trois caractères différents, et que la Dot, après avoir été complètement la propriété du mari, a fini par rester, pendant le mariage, la propriété de la femme seule. Notons au surplus que toutes les discussions qui ont eu lieu sur ce point ont toujours été presque purement théoriques et ont rarement influé sur l'application de la loi.

Les lois en vertu desquelles le mari administrait les biens dotaux et en percevait les fruits, n'offrent qu'une importance de doctrine et sont sans intérêt historique : il en est de même du droit qu'il avait d'exercer les actions dotales et d'aliéner la Dot mobilière. Mais le point sur lequel nous devons fixer ici notre attention, c'est l'*Inaliénabilité de la Dot immobilière*, qui est un des caractères principaux du régime dotal des Romains.

On est généralement assez porté à considérer la loi *Julia de fundo dotali*, qui prohiba l'aliénation de l'immeuble dotal, comme ayant changé entièrement le système ancien de la dotalité romaine : en d'autres termes, on la regarde comme le fondement d'un droit tout-à-fait nouveau. C'est une erreur, à mon avis.

Avant Auguste, il est vrai, l'inaliénabilité de la Dot n'était point expresse ou formulée dans un texte écrit. Est-ce à dire pour cela qu'il dépendit du mari ou de la femme, ou même des deux époux ensemble, de consommer ou détruire la Dot pendant la durée du mariage, de telle sorte qu'elle n'existât plus à la dissolution ? Bien loin qu'il en fût ainsi, la Dot devait toujours exister à la fin du mariage, et si cela ne résultait pas d'une disposition formelle de la loi, c'était du moins une conséquence forcée des autres principes de la Dot.

Le mari était propriétaire absolu de la Dot ; c'est à lui qu'elle avait été remise en toute propriété ; il pouvait en disposer à son gré, la donner, l'échanger, la vendre, la détruire : mais, à la dissolution du mariage, il restait toujours débiteur, sur ses propres biens, envers sa femme, de la valeur de cette Dot. — Quant à la femme, n'étant pas propriétaire de la Dot, il est évident qu'elle ne pouvait en disposer. Elle ne pouvait pas même, avant la fin du mariage, en demander la restitution à son mari, et le mari ne pouvait la lui restituer volontairement avant cette époque. C'eût été une véritable donation entre époux défendue par la loi (1).

Il résultait évidemment de là que la Dot, ou du moins sa valeur représentée par une créance de la femme sur les biens de son mari, existait nécessairement à la dissolution du mariage. La conservation de la Dot était donc déjà, sinon dans le texte, du moins dans l'esprit de la loi. Mais il devait arriver souvent que son but n'était pas atteint : lorsque la Dot n'existait plus en nature à la fin du mariage et ne consistait que dans une créance contre le mari, si ce dernier était insolvable, la Dot était entièrement perdue pour la femme. C'est à cet inconvénient que voulut remédier l'empereur Auguste (2) en prohibant l'a-

(1) Il y avait cependant, d'après le Digeste, certains cas où le mari pouvait, pendant le mariage, restituer la Dot. V. *L. 20, ff. solut. matrim. et L. 73, § 1, ff. de jur. Dot.* V. aussi le chap. 4 ci-après, où il est parlé de la restitution de la Dot *ob infortunium mariti*.

(2) Il paraît que quelques auteurs ont attribué la loi *Julia de adulteriis* à Jules César. Brisson (*ad. leg. Jul. de adult.*) démontre que c'est une erreur.

liénation et l'hypothèque de l'immeuble dotal : si la femme ne pouvait, pendant le mariage, augmenter sa fortune, ne fallait-il pas au moins qu'elle ne pût être anéantie et que la restitution de sa Dot lui fut assurée ?

Cette loi, qui formait le vingt-neuvième chef de la loi *Julia de adulteriis*, était ainsi conçue : « *Dotale prædium italicum maritus invitâ uxore ne alienato, neve consentiente illâ obligato* (1) ». Elle fut publiée 17 ans avant J.-C., c'est-à-dire la même année que les lois *Julia de marit. ordin.* et *Pappia Poppæa* : aussi est-il facile de voir qu'elle fut créée dans le même esprit que ces deux dernières, c'est-à-dire pour faciliter les mariages. Après avoir, dans l'intérêt de la procréation des enfants, établi des peines contre le célibat et créé des privilèges en faveur du mariage, le législateur n'avait pas tout fait pour atteindre le but qu'il s'était proposé : il fallait encore que les Dots fussent conservées, pour qu'après la dissolution d'un premier mariage, elles pussent rendre plus facile pour les veuves une seconde union : le jurisconsulte Paul, dans la loi 2 ff. de jur. Dot., indique clairement que la loi a eu en vue les seconds mariages, lorsqu'il dit : « *Reipublicæ interest mulierum dotes salvas esse propter quas nubere possunt* (2) ».

Le principe de l'inaliénabilité ne fut cependant pas dans la loi *Julia* posé d'une manière absolue. On vient de voir

(1) Paul, *Sentent...*, lib. II, tit. XXI, B. — Brisson, *Select. ex jur. civ.*, lib. 1, ad. l. *Jul. de adult.* — Voy. aussi L. 4 ff. de fund. Dot. ; L. 42, ff. de usurp. et usuc.

(2) Voy. aussi : L. 18 ff. de reb. auctor. jud. ; L. 1, ff. solut. matrim.

par son texte, premièrement que la prohibition nouvelle ne s'appliquait qu'aux immeubles (*Fundum*), en sorte que la règle du droit commun continuait à subsister à l'égard des Dots mobilières (1), et en second lieu, que cette prohibition était limitée aux immeubles situés en Italie : la raison de cette différence établie entre les fonds italiques et les fonds situés dans les provinces, nous est donnée par Heineccius (2) : « *Cur verò ad sola prædia italica hæc lex pertinuerit, facile patet. Sola prædia italica poterant usucapi, non item provincialia* (3). » *Hinc non necesse erat ut viro alienatio prædii dotalis provincialis interdiceretur, quum hoc ab uxore, soluto matrimonio, facile posset vindicari, nullaque ei opponi posset exceptio usucapionis* (4) ».

Ce n'était toutefois qu'à défaut du consentement de la femme que le mari ne pouvait aliéner le fonds dotal italique : l'aliénation lui était permise, si elle y consentait. Mais il n'en était pas de même pour l'hypothèque : la prohibition d'hypothéquer le fonds dotal italique était si absolue, que même avec le consentement de la femme (*neve consentiente eâ*), le mari ne pouvait consentir une hypothèque sur cet immeuble.

Mais pourquoi cette différence ? Pourquoi l'hypothèque fut-elle plus sévèrement défendue que l'aliénation ? On en

(1) J. Godefroy, *Fontes IV, jur. civ.* — Brisson, *ubi suprâ.* — Voy. d'ailleurs les lois 42 ff. de jur. Dot. ; 3, C. de jur. Dot., et 1, C. de serv. pignor. dat.

(2) *Antiq. rom. lib. 2, tit. 8, § 9.*

(3) Quinon, n.º 203 et notes.

(4) Brisson, *ubi suprâ.* — Gaius (*Comment. II, 63*) met en doute si, d'après la loi *Julia*, la prohibition d'aliéner le fonds dotal ne

donne assez généralement cette raison que la femme aurait consenti plus facilement à une hypothèque qui n'offre pas un danger actuel, qu'à une aliénation par laquelle on est dépouillé immédiatement (1). Mais cette raison, quelque judicieuse qu'elle soit, ne me satisfait pas complètement. Comment admettre, en effet, que le motif de la loi n'ait été que l'imprévoyance supposée des femmes ? Je ne peux croire que cette différence que nous remarquons dans la loi *Julia* ne soit que le résultat d'une étude qui aurait été faite du caractère des femmes romaines. Ne pourrait-on pas dire, avec quelque fondement, que le consentement donné par la femme à son mari, pour hypothéquer le fonds dotal, était regardé par la loi comme une véritable *intercession* de sa part ?

En effet, ce fut aussi sous Auguste qu'on commença à déclarer les femmes incapables de s'obliger pour leurs maris (2). Par suite de cette incapacité, elles n'auraient pu, par exemple, consentir, dans l'intérêt de leurs maris, des hypothèques sur leurs immeubles paraphernaux (3) : il était dès-lors logique que l'on considérât comme nul le consentement qu'elles auraient donné à ce que leurs maris

s'étendait pas aussi aux immeubles situés dans les provinces de l'Empire. Il est fâcheux que Gaius ne nous ait pas fait connaître d'où lui venait son doute.

(1) Brisson, *ibid.*

(2) Un édit de Claude confirma cette incapacité dont tous les principes furent ensuite développés dans le S. C. Velleïen, rendu sous les Consuls M. Silanus et Velleius Tutor, pendant le règne de Néron. Voy. Ulpien, dans la *L. 2, ff. ad S. C. Vell.* — Quinon, n.º 670.

(3) Le S. C. Velleïen s'appliquait à toute espèce d'obligation :

hypothéquaissent les fonds dotaux : car le plus souvent cette hypothèque eût été uniquement en faveur des créanciers du mari.

La loi *Julia*, d'après la remarque qu'en a faite Hugo (1), fournit un des premiers exemples d'une restriction apposée dans l'intérêt des mœurs à l'exercice du droit de propriété. Et si le mari, même d'après les principes de la loi *Julia*, était encore le véritable propriétaire de la Dot (2), il faut cependant voir dans le droit accordé à la femme d'empêcher, par sa seule volonté, l'aliénation de son immeuble dotal, la naissance du droit de propriété qui lui fut reconnu plus tard : l'époque de la loi *Julia* est donc, sous le rapport de la propriété des biens dotaux, un véritable terme moyen entre les lois antérieures et celles de Justinien. Le mari n'a plus sur la Dot une propriété aussi illimitée qu'avant Auguste : le droit accordé à la femme a déjà commencé à restreindre ceux accordés au mari.

En admettant, suivant l'opinion générale, que la raison de la différence établie par la loi *Julia* entre l'aliénation et l'hypothèque, fût l'imprévoyance naturelle aux femmes, il paraît que Justinien reconnut que ce motif n'était pas fondé, et que les femmes étaient tout aussi faciles pour consentir à une aliénation qu'elles l'auraient été pour consentir à une hypothèque, puisqu'il établit également d'une manière absolue que le fonds dotal ne pourrait être alié-

omnis omnino obligatio S. C. Velleiano comprehenditur. L. 2, § 4, ff. ad S. C. Velleian.

(1) § 292.

(2) Gaius, *Comment. II*, 63. — *Instit. lib. 2, tit. 8, pr.* — *LL. 7, § 3, ff. de jur. Dot. et 21 ff. § 4, ad municip.*

T. 3.

né, même avec le consentement de la femme (1).

Ce fut donc encore une nouvelle restriction apportée aux droits du mari sur la Dot, restriction d'autant plus réelle que la prohibition établie par Auguste, d'aliéner le fonds dotal, sans le consentement de la femme, avait dû être à peu près illusoire, par suite de la facilité que mettaient les femmes à donner ce consentement. Après une défense aussi absolue, soit d'aliéner, soit d'hypothéquer, le droit de propriété du mari était gravement atteint, ou plutôt s'il était encore appelé *dominus dotis*, il n'avait plus qu'une propriété fictive, *legum subtilitate* : la propriété réelle reposait entièrement sur la tête de la femme, *cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio* (2). En un mot, et pour nous servir de l'expression devenue en usage depuis Justinien, la femme avait le *dominium naturale*, et le mari le *dominium civile* (3).

Justinien fit également disparaître la distinction ancienne établie par la loi *Julia* entre les immeubles dotaux situés en Italie et les immeubles dotaux situés dans les provin-

(1) *L. unic. § 15, C. de rei ux. action.*

(2) *L. 30, C. de jure dot.* Cette loi est de Justinien, année 529.

(3) Voy. Pellat, note sur le § 147 *in fine* de Marezoll. — De ces principes à ceux de notre Droit français qui ne considère le mari que comme administrateur des biens dotaux, il n'y avait qu'un pas. Il est vrai qu'il est encore en usage parmi nous de qualifier le mari de *dominus dotis*. Je comprends cette désignation, si l'on veut dire par là que le mari administre *seul* les biens dotaux (*Code civ. art. 1549*) ; mais je ne la comprends pas si l'on emploie le mot *dominus* dans son véritable sens, car grammaticalement parlant, *dominus* signifie propriétaire.

ces (1). Les auteurs qui nous ont expliqué la différence créée par Auguste nous donnent aussi la raison de l'assimilation apportée par Justinien (2). Cette assimilation était indispensable, après que Justinien eût confondu l'usucapion et la prescription, et décidé que l'on pourrait prescrire les immeubles, dans quelque endroit de l'empire qu'ils fussent situés, en Italie ou dans les provinces (3). D'ailleurs, après que le siège de l'empereur eût été transféré de Rome à Constantinople, une faveur particulière accordée aux immeubles situés en Italie n'aurait eu aucune signification (4).

Il est vrai cependant qu'avant comme après Justinien, il y eut des exceptions à la règle générale qui défendait d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux. Je me borne à renvoyer aux textes qui contiennent ces exceptions (5).

Il faut remarquer ici qu'on ne peut pas dire de la loi *unica C. de rei uxoriae actione* ce que j'ai dit de la loi *Julia de fundo dotali*. En d'autres termes, les faveurs dont Justinien entoure la Dot et les garanties nouvelles qu'il crée pour sa conservation, ne lui sont plus inspirées par la

(1) *Dict. leg. unig. § eod.*

(2) Heineccius, *lib. 2, tit. 8, § 9.* — Brisson, *ad leg. jul. de adult.*

(3) *L. unic. C. de usucap. transf. ; pr. instit. de usucap. ;* Quinon, *dict. n.º 203.*

(4) Quinon, *n.º 244.* — Il était également défendu au mari de concéder des servitudes sur les fonds dotaux : les servitudes en effet diminuent la propriété. *L. 5 ff. de fund. dot.*

(5) Aliénations nécessaires : *LL. ult. et 73, § 1, ff. de jur. Dot. ; LL. 20 et 21 ff. solut. matrim. ; L. 2, C. de fund. dot.* — Aliénations utiles : *L. 26 ff. de jur. Dot. ; L. 21, in fine, de pac. dotal.*

même intention qu'avait Auguste, celle de favoriser les seconds mariages. L'empereur chrétien, sans aller jusqu'à prohiber les seconds mariages, semble cependant les regarder comme contraires à la religion et aux bonnes mœurs, et en établissant des peines contre la femme qui contracte une seconde union, il ne craint pas de la flétrir du nom de *funestata* (1). Il ne faut donc plus voir dans les soins qu'il prend, pour la conservation de la Dot, que le désir de maintenir l'aisance dans les ménages et d'assurer cette même aisance à la femme et à ses enfants, après la dissolution du mariage.

Cette dernière observation nous amène tout naturellement à parler de la restitution de la Dot après la dissolution du mariage.

IV. Restitution de la Dot.

D'après les principes du droit de Justinien, la destination de la Dot qui est de subvenir aux charges du mariage, finissant avec le mariage lui-même, la Dot devait être restituée à sa dissolution. C'est là en effet ce qui constitue véritablement le régime dotal. S'il n'y a pas pour le mari obligation de restituer la Dot à la fin du mariage, la constitution de Dot n'a été qu'un véritable transport de propriété; il y a une Dot, mais

(1) Voy. le titre du C. intitulé *de secundis nuptiis* et notamment la loi 3, § 1, où l'on trouve ces mots : *matre jam secundis nuptiis FUNESTATA*, ce qui signifie que la veuve se souille, se prostitue, en contractant un second mariage, mais ce qui ne veut pas dire que les seconds mariages sont une chose *funeste*, selon la traduction d'un professeur (*Revue de législation*, t. 7, p. 316).

pas de régime dotal, c'est-à-dire pas de séparation des patrimoines des deux époux, pas de conservation de la fortune de la femme. Toutefois, je pense que cette règle de restitution de la Dot ne fut pas, dès l'origine de la Dotalité, aussi générale qu'elle le devint par la suite : et je crois en voir la preuve dans l'origine et la différence des actions par lesquelles on pouvait demander la restitution de la Dot.

Dans le premier chapitre de ce Mémoire, j'ai parlé de la différence qui exista long-temps dans Rome entre le mariage sans *manus* des Patriciens et le mariage avec *manus* des Plébéiens, et expliqué que la Dot, incompatible avec ce dernier mariage, avait dû nécessairement prendre naissance dans l'autre. J'ai cependant ajouté que, même dans le mariage avec *manus*, le Plébéien dont la fille se mariait pouvait donner à celui qu'elle épousait quelque chose pour l'aider à supporter les charges du ménage, mais qu'alors c'était une véritable donation faite à celui-ci qui devenait ainsi propriétaire personnel et irrévocable de la chose donnée.

Dans le mariage sans *manus*, le mari ne devenait pas propriétaire des biens de la femme; leurs patrimoines demeuraient distincts (1), et c'était une obligation pour lui (ou pour ses héritiers) de restituer à la dissolution du mariage, ou la Dot, ou la valeur de cette Dot dont la destination tout-à-fait temporaire était accomplie. Cette restitution se demandait au moyen d'une action appelée *Actio rei uxoriæ*. C'est celle dont parle Ulpien, *Reg. vi*, 6. Cette action était de bonne foi,

(1) Marezoll, § 146.

c'est-à-dire que le magistrat saisi de la demande en restitution de la Dot, en vertu d'une semblable action, pouvait estimer *ex æquo et bono*, d'après les facultés mêmes du mari, ce qui devait être restitué (1). C'est ce qu'indiquent suffisamment et la Loi 66, § 7, ff. *solut. matrim.*, et ces deux passages de Cicéron : « *In omnibus igitur iis judiciis in quibus ex fide bonâ est additum, ubi verò etiam, ut inter bonos benè agi oportet, imprimisque in arbitrio rei uxoriæ, in quo est : quid æquius melius parati esse debent* (2). — » *Et sine lege iudiciis in quibus ex fide bonâ agitur. Reliquorum autem iudiciorum hæc verba maxime excellunt in arbitrio rei uxoriæ, melius æquius : in fiduciâ, ut inter bonos benè agier, etc.* (3). »

Dans le mariage avec *manus*, au contraire, en règle générale, le mari n'avait rien à restituer à sa dissolution, puisqu'il n'avait rien qui ne lui appartint véritablement (4). Toutefois, une restitution pouvait bien être stipulée lors de la confection du mariage : c'est-à-dire que le mari pouvait, par une stipulation, s'engager à se démettre plus tard, à la dissolution du mariage, des choses qui lui avaient été per-

(1) Ce qui n'avait lieu que parce que rien n'avait été stipulé entre les parties : mais la restitution dans ce mariage étant *de droit*, toute stipulation de restitution était complètement inutile.

(2) Topiques, Cap. 17.

(3) *De officiis*, lib. 3.

(4) C'est peut-être pour cela et par une sorte de compensation, comme le remarque Guérard (*Essai sur le droit privé des Romains*, p. 196, note 2), que la loi du mariage plébéen donnait à la femme un droit de succession et lui attribuait une part des biens de son mari en qualité d'*hæres sua*.

sonnellement données par le père de sa femme, ou même d'une partie seulement de ces choses. L'obligation du mari ayant été ainsi contractée par une stipulation, c'était par l'action *ex stipulatu* que l'exécution pouvait en être réclamée, et cette action était *stricti juris* : c'est-à-dire que le juge devant lequel la demande en restitution de la Dot était portée, ne pouvait prononcer que d'après le droit strict et non d'après l'équité, comme dans le cas de l'action *rei uxoriæ*; en d'autres termes, la convention par stipulation intervenue entre les parties, devait être la seule règle de sa décision et il ne pouvait qu'en ordonner la stricte exécution, quelle que fût la position de fortune du mari (1).

Ce que j'ai dit plus haut de la fusion opérée après la Loi des XII Tables, entre le droit des Patriciens et le droit des Plébéiens, me dispense d'expliquer ici comment les deux actions dont je viens de parler, durent devenir par la suite communes à tous les citoyens romains. Après cette fusion, l'action *rei uxoriæ* continua à être employée lorsque rien n'avait été stipulé au sujet de la restitution de la Dot; et l'action *ex stipulatu*, lorsqu'il y avait eu une stipulation à cet égard. L'action *rei uxoriæ* finit par devenir la plus en usage, et l'une des raisons en est que la restitution de la Dot dut devenir plus générale et les stipulations de restitution moins nécessaires, à mesure que le droit de propriété du mari sur la Dot fut diminué et qu'on se rapprocha de cette idée que la femme en était la véritable propriétaire.

Ces deux actions, avec les effets que je viens de leur attri-

(1) Sur les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* et sur les actions *bonæ fidei* et *stricti juris*, voyez Quinon, n.º 230 à la note, 633, 987 et 988 à la note.

buer, se maintinrent jusqu'à Justinien (année 530) qui les fondit en une seule à laquelle fut laissé le nom d'action *ex stipulatu*. D'après ce dernier état de choses, l'action *ex stipulatu* devait toujours avoir lieu, lors même qu'aucune stipulation de restitution n'était intervenue, et, contre la nature même de celles qui naissent d'une stipulation, cette action nouvellement introduite dut, de même que l'ancienne action *rei uxoriæ*, être considérée comme étant de *bonne foi*, c'est-à-dire que le mari ne pouvait plus être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés. Il devait toutefois s'obliger à payer plus tard ce dont il restait débiteur, si sa position devenait meilleure (1).

Cette innovation de Justinien n'eut pas, à mon avis, une bien grande importance en elle-même, quoiqu'inspirée par l'intention de remplacer les rigueurs de l'ancien droit par les préceptes du droit naturel : elle n'eut que l'avantage de simplifier la procédure.

Justinien apporta un autre changement assez important au Droit ancien, en ce qui concerne l'époque de la restitution de la Dot. D'après le Droit ancien, il fallait faire une distinction entre la Dot dont la restitution pouvait être réclamée par l'action *ex stipulatu* et celle qui pouvait l'être par l'action *rei uxoriæ*. Dans le premier cas, la Dot pouvait être demandée immédiatement après la dissolution du mariage, même si le mari ne possédait rien à cette époque. Dans le second cas, il n'était tenu de restituer les quantités reçues par lui qu'en trois termes, d'année en année. Tous les autres objets

(1) *L. unic. C. de rei uxoriæ action.* — Jacob. Godefroy. *Fontes iv jur. civ.* — Heineccius, *Antiq. Rom.*, lib. 2, tit. 8, § 9. — Marezoll, § 147, in fine.

devaient, comme dans le premier cas, être restitués immédiatement par lui, à la dissolution du mariage : il ne pouvait cependant jamais être obligé que jusqu'à concurrence de ses facultés (1). Cette distinction résultant de la différence qui existait entre les deux actions en restitution, ne pouvait plus subsister, après la fusion de ces deux actions. Justinien établit un système plus simple et qui, sans nuire en rien aux droits de la femme, était cependant plus favorable au mari et plus conforme aux égards qui lui sont toujours dus, même quand le mariage a cessé d'exister... *reverentiæ debitum maritali* (2). D'après ce dernier état de choses, les immeubles devaient être restitués immédiatement. Quant aux objets mobiliers, ils devaient l'être, non pas en trois termes annuels, comme précédemment, mais dans le délai d'un an. Si après ce délai, le mari était en retard de payer la Dot, il en devait l'intérêt au quatre pour cent (3). De même, s'il ne restituait pas immédiatement la Dot immobilière, il devait compte des fruits. Les revenus et les fruits à restituer se calculaient sur le temps qu'avait duré le mariage pendant la dernière année. Ce fut là le dernier état de la législation sur l'époque à laquelle devait être restituée la Dot, et c'est dans ces principes que, treize siècles plus tard, les législateurs de la France ont puisé les règles du Code qui nous régit aujourd'hui.

Parlons maintenant des cas divers qui donnaient lieu à la restitution de la Dot.

(1) *Dict. leg. unic. C. § 7.*

(2) *Dict. § 7.*

(3) *Tertia pars centesimæ.* Littéralement : le tiers de l'intérêt au 12 p. cent.

J'ai déjà eu occasion de dire qu'en règle générale les donations entre époux étaient prohibées par la loi romaine, et que la restitution de la Dot faite par le mari *constante matrimonio* aurait été une véritable donation entre époux. Tel est en effet le motif qui en a fait défendre la restitution avant la dissolution du mariage : il y avait cependant des cas exceptionnels où, pour des raisons graves, on dérogeait à cette règle, et où le mari *pouvait* restituer la Dot avant la fin du mariage (1). Mais ce qui est plus remarquable, c'est qu'il y avait un cas où le mari *devait*, sur la demande même de la femme, restituer la Dot avant cette même époque. Cette exception est digne d'attention, en ce qu'elle semble en opposition avec le but et l'objet de la Dot, avec les droits du mari sur cette Dot, et en ce qu'elle paraît attribuer à la femme un droit tout-à-fait exorbitant.

Elle avait lieu lorsque le mauvais état des affaires du mari faisait craindre à la femme de perdre sa Dot, s'il devenait tout-à-fait insolvable. Le but de conserver la Dot avait fait prohiber sa restitution avant la dissolution du mariage; le même motif fit apporter une exception à cette règle (2).

Mais, à part cette exception, la règle générale subsistait dans toute sa force. En d'autres termes, la restitution de la Dot ne pouvait être faite qu'après la dissolution du

(1) Voy. ci-devant § 3.

(2) Voy. *L. 24, pr. ff. solut. matrim.* et *Nov. 97, Cap. 6*. Remarquons du reste que dans ce cas, comme toujours, la Dot devait être employée à subvenir aux frais du ménage et à l'entretien du mari, de la femme et de leurs enfants : les créanciers du mari ne pouvaient y avoir aucun droit. (*L. 29, C. de jure dot.*).

mariage, soit par la mort du mari, soit par la mort de la femme, soit par le divorce. Ce dernier cas présente quelque intérêt historique (1).

La plupart des auteurs s'accordent à dire, comme *Marrezoll* (2), que le Divorce fut permis de tout temps à Rome, avant l'époque même où les deux droits de la cité romaine commencèrent à être confondus (3). Il paraît également certain que le Divorce était autorisé soit dans le mariage avec *manus*, soit dans le mariage sans *manus*, quoiqu'avec des caractères différents. Le mariage par *Confarreatio* pouvait se dissoudre par la *Diffarreatio*; le mariage par *Coemptio* pouvait se dissoudre par la *Rémancipation*.

(1) Il me paraît inutile d'entrer dans le détail des principes de la restitution de la Dot et des retenues qui avaient lieu sur les biens qui la composaient, au cas du décès de l'un des époux. Je ne pourrais, sur ce point, que donner une explication de textes. Pour le cas où le mariage était dissous par la mort de la femme, voyez, pour la restitution de la Dot *profectice* : *L. 6, pr. ff. de jur. Dot.*; *L. 12, pr. ff. de pact. dotal*; *L. 48, ff. solut. matrim.*; *L. 6, C. de pact. convent., etc.* Pour la restitution de la Dot *adventice* : *L. unic., §§ 6 et 13 C. de rei ux. action.* — Pour le cas où le mariage est dissous du vivant de la femme, voy. *L. 2, ff. solut. matrim.* et *L. unic. C. §§ 11 et 14 de rei ux. action., etc. etc.*

(2) § 150.

(3) *Hugo* (§ 71) croit qu'il en était question dans la loi des *xii Tables*. — *Guérard* (p. 372) pense que la loi des *xii Tables* ne contenait rien sur ce point, mais que cependant le divorce était antérieur à l'époque des *Décemvirs*. — *Bouillet* (*Dict. de l'Antiq. v. Divorce*) et *Rollin* (*Histoire Romaine*, t. 1, ch. 2, art. 1, § 4) font remonter le divorce à une loi de *Romulus*. *Montesquieu* (*Esprit des Lois*, liv. 16, chap. 16) pense que la loi des *xii Tables* ne faisait mention que de la *Répudiation*, mais que le divorce existait comme une conséquence naturelle de la loi qui permettait la *Répudiation*.

cipation (1). Plus tard, postérieurement aux XII Tables et lorsque le mariage par simple consentement commença à dominer, le Divorce put aussi avoir lieu par simple consentement mutuel (2).

Mais lorsque le Divorce terminait un mariage avec *manus*, il est évident qu'il ne pouvait y avoir de restitution de Dot de la part du mari : remarquons même que, dans ce mariage, ce n'était pas à proprement parler un Divorce qui avait lieu, c'était plutôt une Répudiation (*repudium*), que le mari seul pouvait faire en vertu de son pouvoir absolu sur sa femme : mais celle-ci, dans l'infériorité et la soumission où elle se trouvait, ne pouvait user du même droit envers son mari.

Ainsi, lorsque le mari répudiait la femme qu'il avait *in manu*, soit parce qu'elle avait violé la foi conjugale, soit pour tout autre motif, comme tous les biens de celle-ci lui appartenaient en pleine propriété, il n'avait rien à restituer, à moins toutefois qu'une restitution quelconque, totale ou partielle, de ce qui avait été donné par le beau-père à son gendre, n'eût été prévue et stipulée lors de la célébration du mariage ; c'est pour ce cas là, comme je l'ai dit, que l'action *ex stipulatu* avait été d'abord établie : mais ce n'était là qu'un cas exceptionnel.

Le Divorce, ou plutôt le *Repudium*, ne dut avoir lieu que bien rarement à Rome dans les mariages avec *manus*, car presque tous les auteurs (à l'exception de Montesquieu (3)) pensent que le premier Divorce qui eut lieu à

Rome fut celui de Carbilus Ruga, en l'année 520 de Rome, ou 230 ans avant J.-C. (1), et à cette époque, les mariages avec *manus* devaient avoir déjà considérablement diminué ; plus de deux siècles s'étaient en effet écoulés depuis le Droit des Décemvirs.

Plusieurs auteurs, sur la foi d'un passage d'Aulugelle (2), ont pensé que c'était à cette même époque du Divorce de Carbilus qu'on commença à introduire la caution appelée *Cautio rei uxoriae* (3) et même l'action *rei uxoriae* (4). Cependant il me paraît difficile de décider si l'action *rei uxoriae* n'avait pas eu lieu avant Carbilus, au moins pour les cas où le mariage se dissoudrait autrement que par le Divorce, ou si cette action fut créée après Carbilus, pour le cas du Divorce seulement, et ne fut ensuite appliquée que par assimilation aux autres cas de dissolution du mariage. Je ne comprendrais même pas comment, à l'occasion du Divorce de Carbilus, on eût pu songer à créer l'action *rei uxoriae* (qui ne s'appliquait qu'au mariage sans *manus* (5)), puisque la *Cautio rei uxoriae*, créée à la même occasion, prouverait, selon moi, que la femme de Carbi-

(1) Voy. Moréry, grand Diction. histor. v.^o Carbilus Ruga. — Bouillet, Diction. de l'Antiq., eod. v.^o — Heineccius, *Antiq. rom.* lib. 1, *appendix*, cap. 1, § 43. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, cité par Pellat (textes du Droit Romain sur la Dot, p. 154, note 2). — Rollin, *Hist. rom.*, t. 1, ch. 2, art. 1, § 1, et tom. 4, liv. 12, § 1. — Merlin, *Répertoire*, v.^o *Divorce*, sect. 2. — Voy. aussi Marezoll, § 150, et Hugo, § 71, note 9.

(2) Voy. Pellat, *ubi supra*.

(3) Hugo, dict. § 71.

(4) *Revue de Législation*, t. 7, p. 509.

(5) Guérard, p. 495 ; voyez aussi ci-devant pag. 205.

(4) Bouillet, Dict. de l'Antiq. v.^{is} *Diffarréation et Rémancipation*.

(2) Voy. *L. 6 ff. de divort. et repud. et Nov. 22, Cap. 4.*

(3) *Esprit des lois*, liv. 16, ch. 16.

lius était *in manu* de son mari. En effet, dans le mariage sans *manus*, la restitution était de droit, tandis que dans le mariage avec *manus* elle n'était que le résultat d'une stipulation. Et ce qui fit probablement introduire, après le Divorce de Carbilus, le cautionnement *rei uxoriæ*, par lequel le mari garantissait la restitution de tout ou partie de ce qu'il avait reçu, c'est que Carbilus avait sans doute une femme qui lui avait apporté de grands biens et à laquelle il ne restitua rien (parce que rien n'avait été stipulé à cet égard) après qu'il l'eut renvoyée, sous prétexte qu'elle était stérile : on reconnut par là qu'il fallait apporter un remède aux rigoureux effets de la *manus*. Et cette circonstance peut très-bien expliquer l'indignation qu'excita dans Rome la conduite de Carbilus (1), car elle n'avait d'ailleurs rien d'illégal, puisque le Divorce était autorisé par les lois.

Une autre chose est à remarquer à l'occasion de la restitution de la Dot, en cas de Divorce : je veux parler des *retentiones ex dote* qui subsistèrent jusqu'à Justinien.

Sans vouloir faire remonter les retenues sur la Dot jusqu'au temps d'Ulysse (2), je me bornerai à dire que l'époque à laquelle prirent naissance, dans le droit romain, les retenues que faisait le mari en restituant la Dot, paraît incertaine. Marezoll (3) fait dériver ce droit de la loi *Pappia Poppæa* : Hugo (4) n'exprime qu'un doute à cet égard :

(1) Voy. Rollin, *loc. citat.*

(2) Guérard (p. 75) croit trouver un exemple de rétention dans un vers de l'Odyssée.

(3) § 150.

(4) § 295, note 4.

cependant il place cette époque dans la troisième période qui est bien celle des lois d'Auguste. Quoi qu'il en soit, on sait positivement pour quelles causes avaient lieu les retenues sur la Dot : « *Retentiones ex Dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas* (1). » Les deux premières seulement sont spéciales au cas de dissolution du mariage par le Divorce.

1.^o *Propter liberos*. — La retenue que le mari pouvait faire sur la Dot, *propter liberos*, en cas de Divorce par la faute de la femme, était d'un sixième pour chaque enfant, sans que néanmoins elle pût excéder jamais la moitié de la Dot (2). — Deux motifs firent abolir cette retenue par Justinien. En premier lieu, avant Justinien, elle était faite pour l'entretien des enfants ; mais plus tard ce motif n'exista plus, Justinien ayant décidé, dans le chap. 7 de la Nouvelle 117, que le père serait dans l'obligation de nourrir ses enfants, dans le cas de divorce par la faute de la femme : d'ailleurs, si le père était sans ressources, c'était à la mère que les enfants étaient confiés. — En second lieu, il ne pouvait plus y avoir de retenue *partielle, propter liberos*, puisque, d'après une constitution de Théodose et Valentinien, de l'année 449, il avait été déjà établi qu'il y aurait lieu à une retenue *totale* de la Dot, *pænæ nomine, culpæ nomine* (3).

2.^o *Propter mores*. — Quand il n'y avait pas d'enfants, la retenue était d'un sixième dans les cas graves (*prop-*

(1) Ulpien, vi, 9.

(2) Ulpien vi, 10. — Paul, *Sentent. lib.* 2, tit. 26, § 14.

(3) L. 8, C. de repud. et jud. — Voyez Cujas, *Comment. in Tit. Cod. de rei uxoriæ act.*

ter graviores seu majores mores) et d'un huitième dans les autres cas (*propter leviores seu minores mores*). On entendait par *graviores mores* l'adultère, et par *leviores mores* toutes les autres fautes de la femme qui motivaient le Divorce (1).

Quand c'était par la faute du mari que le divorce était prononcé: il était puni, soit par une condamnation à restituer la Dot avant l'époque ordinaire, soit par la privation d'une partie des revenus de cette Dot déjà perçus, et qu'il était obligé de restituer (2).

La retenue *propter mores* ne devait plus être maintenue depuis l'abolition par Justinien, en 528, du *judicium de moribus* (3). D'ailleurs, suivant la remarque

(1) Ulpien VI, 12. — Il peut se présenter ici une difficulté. Je suppose qu'un homme se fût marié par Coëmption (il avait sa femme *in manu*), et que son beau-père lui eût fait une donation dont la restitution eût été stipulée au profit du donateur, pour le cas de dissolution du mariage. Si le mari répudiait sa femme pour adultère, par exemple, le mariage était dissous et le mari était ainsi obligé de restituer la donation qu'il avait reçue: pouvait-il faire sur cette donation la retenue de 1/6 qui aurait pu être faite sur la Dot, dans un mariage *sans manus*? Il semblerait qu'il devait en être de même: cependant je penche pour la négative. Car dans ce cas, la restitution de la Donation ne pouvait résulter que d'une stipulation, et il aurait fallu qu'on eût stipulé tout à la fois la *restitution*, la *retenue* en cas de restitution, et peut-être même la *cause* pour laquelle la retenue serait faite et la *quotité* pour laquelle elle aurait lieu: la stipulation, en effet, était *stricti juris* et le beau-père, comme le mari, n'aurait pu réclamer que ce qui avait été formellement et nominativement convenu.

(2) Ulpien VI, 15. — Hugo, § 532.

(3) L. 11, § 2, *C. de repud. et judic. de mor. subl.* et L. unic. § 5, *C. de rei ux. act.* Il paraît même, d'après les termes qu'em-

de Cujas (1), l'action civile, de *moribus*, était tombée en oubli, depuis qu'on pouvait agir par l'action criminelle ou publique, en vertu de la loi *Julia de adulteriis* (2). Il ne faut pas croire cependant que Justinien fût devenu moins sévère, puisque, d'après la Loi 8, *C. de repud.*, déjà citée, la femme perdait sa Dot entière quand le Divorce avait lieu par sa faute (3).

Les divers changements apportés par Justinien au Régime Dotal ancien, que j'ai indiqués, montrent bien toute la faveur dont il voulait environner la Dot. Cependant, jusqu'à présent nous n'avons pas vu qu'il y eût beaucoup de garanties pour la conservation et la restitution de la

plote Justinien, qu'il était dès long-temps tombé en désuétude (quoiqu'il fût rappelé encore dans les lois 15, § 1 et 39, *ff. solut. matrim.* et 5, *ff. de pact. dotat.*): « *Judicio de moribus* (quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentatur) penitus abolito ». Rollin (*Hist. Rom.*, t. 1, ch. 2, art. 1, § 1), et Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 7, ch. 10) nous enseignent, d'après l'autorité de Denys d'Halycarnasse, que l'institution du Tribunal domestique datait de Romulus. Le mari, dans le cas d'adultère, jugeait seul sa femme, en présence des parents de celle-ci: dans tous les autres cas, il la jugeait avec cinq d'entre eux. Une institution semblable supposait des mœurs sévères: aussi disparut-elle bientôt après la République. — Voyez aussi Tacite (*Annal. lib. 15, n.º 32*) et Tite-Live (*Narrations, lib. 39, n.º 18*).

(1) *Ubi suprà.*

(2) De même qu'on aimait mieux, au cas de vol, agir par l'action criminelle, que d'agir par l'action civile in *Duplum* ou *Quadruplum* (Cujas, *ibid.*).

(3) Pour plus amples détails sur les motifs qui avaient fait établir les retenues et ceux qui les firent abolir par Justinien, dans la loi unic. § 5 *C. de rei ux. act.*, on peut consulter les savantes explications de Cujas sur cette loi.

Dot, à l'exception de la prohibition d'aliéner et d'hypothéquer le fonds dotal. Si la Dot était toute mobilière, la femme qui venait en concours avec les créanciers de son mari, pour prendre sur les biens de celui-ci le montant de sa Dot, était primée par les créanciers hypothécaires (à moins qu'elle ne se fût elle-même fait donner une hypothèque); quant aux créanciers chirographaires, elle avait bien le premier rang parmi eux, mais ce privilège (*privilegium dotis*) lui était personnel (1). Plusieurs autres inconvénients se rencontraient encore et les droits de la femme étaient souvent compromis, soit lorsque le mauvais état des affaires du mari nécessitait une demande de restitution de la Dot, soit parce que la Dot ayant été dissipée par le mari, la femme, à la dissolution du mariage, n'avait point d'hypothèque sur les biens de son mari, ou, si elle en avait une, se trouvait primée par d'autres créanciers; soit enfin lorsque les biens du mari, spécialement affectés à la sûreté de la Dot, se trouvaient ou détruits ou détériorés et n'offraient plus qu'une garantie nulle ou du moins insuffisante.

Mais Justinien, qui avait entrepris de fonder une législation complète sur un sujet aussi important, accorda successivement à la femme plusieurs sûretés que l'ancien droit ne lui donnait pas, pour la conservation et la restitution de sa Dot. Ce qu'il y a de remarquable dans ces innovations que je vais indiquer, c'est la gradation dans laquelle elles se succédèrent; pour arriver en peu de temps à un point de perfection qui étonne, si l'on songe que ces lois qui ont servi de bases aux nôtres en sont cependant séparées par l'intervalle immense de treize cents ans.

(1) LL. 74, ff. de jure dotium et unica C. de privilegio dotis.

Par une constitution de l'année 528, Justinien décida que dans le cas où la femme demanderait la restitution de sa Dot, à cause du mauvais état des affaires de son mari, elle jouirait des mêmes avantages que si le mariage était dissous; en conséquence, que si le mari lui avait hypothéqué des biens pour sûreté de sa Dot, non seulement elle pourrait, si elle-même était en possession de ces biens, opposer une exception aux créanciers ayant une hypothèque postérieure; mais encore que si les créanciers hypothécaires du mari étaient détenteurs des biens de celui-ci, hypothéqués pour la Dot, elle pourrait les forcer à délaisser, pourvu, bien entendu, que leurs droits ne fussent pas préférables. En un mot, pour l'exercice de ses droits, la femme se trouvait dans la même position que la veuve ou la femme divorcée, et les autres créanciers du mari ne pouvaient lui opposer que le mariage subsistait encore (1).

L'année suivante, c'est-à-dire en 529, une disposition plus importante encore que la précédente vint au secours des femmes mariées. En voici la substance: la femme, à la dissolution du mariage, pouvait revendiquer ses biens dotaux, mobiliers ou immobiliers, estimés ou non, et aucun créancier hypothécaire du mari ne pouvait lui être préféré. En second lieu, Justinien, considérant les biens dotaux tout à la fois comme la propriété fictive du mari et la propriété réelle de la femme (2), donna à celle-ci le droit de les revendiquer, soit comme propriétaire, par l'action réelle, soit comme créancière, au moyen d'une action hypothécaire

(1) Loi 29 C. de jure dotium.

(2) Voy. ci-devant, §. 3, p. 200 et Domat (Lois civiles, liv. 1.^{re} tit. 9, section 1.^{re} n.º 3 in fine).

privilégiée (1), et décida en même temps que la prescription, pour l'exercice de ces actions, ne courrait contre elle que du jour où elle aurait pu les intenter (2).

Il est presque inutile de faire remarquer l'importance des changements introduits par les deux Constitutions que je viens de rappeler. Avant ces nouvelles garanties accordées à la femme, une seule chose semblait avoir préoccupé le législateur, c'était les rapports du mari et de la femme entre eux, ou leurs droits respectifs quant à la Dot : mais les tiers, les créanciers du mari étaient restés en dehors des prévisions de la loi : son silence à leur égard avait un résultat souvent funeste pour la femme qui, malgré les garanties qu'elle avait déjà contre son mari, pouvait cependant n'avoir que des garanties illusoires, lorsqu'elle se voyait préférer les créanciers de celui-ci.

Mais c'est dans les deux Constitutions suivantes que Justinien a semblé vouloir épuiser toute sa sollicitude pour les intérêts des femmes mariées et la conservation de leurs Dots.

En l'année 530 (et par assimilation avec l'hypothèque *tacite* ou *légale* que Constantin avait accordée en l'année 312 aux mineurs sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs (3)), Justinien accorda à la femme une hypothèque *tacite* sur les biens de son mari pour sûreté de la restitution de sa Dot : et l'action *ex stipulatu*, qu'elle avait de ce chef, était transmissible à son père et à ses héritiers (quand la Dot était *profectice* ou *adventice*), mais ne l'était pas aux étrangers (*extranei*) qui avaient constitué la Dot (quand elle était

(1) Pellat, traduction de Marezoll, note *in fine* du § 147.

(2) L. 50, C. de Jure Dotium.

(3) Loi 20, C. de admin. tutor. vel curator.

réceptice) : il fallait que ces étrangers eussent stipulé cette hypothèque (1).

Remarquons, comme nous l'avons déjà fait, qu'à mesure que Justinien accordait plus de sûretés à la femme, il en donnait aussi, par une juste compensation, davantage au mari. Ainsi, c'est dans la même Constitution que je viens de rappeler qu'il donna au mari une hypothèque *tacite* sur les biens de ceux qui avaient constitué la Dot, pour garantir de leur part le paiement de cette Dot. Justinien donne lui-même le motif qui l'a porté à établir ces hypothèques légales : « *Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre præjudicii : cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nos- tram induxerimus providentiam* » (2).

Il faut aussi considérer, à l'égard de cette même Constitution, qu'elle était muette relativement au rang que l'hypothèque légale de la femme lui donnerait parmi les créanciers de son mari : il résultait de là que la femme n'était qu'une créancière hypothécaire ordinaire qui pouvait être primée par d'autres créanciers de son mari, ayant sur les biens de celui-ci une hypothèque antérieure au mariage ou d'une nature privilégiée (3).

(1) L. unica §§ 1, 4, 11, 15, C. de rei uxori. action. (2) Dict. leg., dict. § 1. C'est aussi dans la même Constitution

que les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* furent réunies en une seule à laquelle fut conservé le nom d'action *ex stipulatu* (V. ci-dessus, p. 44), et que la prohibition d'aliéner le fonds dotal fut étendue aux immeubles situés hors de l'Italie et au cas où la femme elle-même aurait consenti à l'aliénation (Voy. §. 5, p. 201-202).

(3) Il ne faut pas confondre l'hypothèque dont je parle ici, accordée à la femme *sur les biens de son mari*, avec l'hypothèque privilégiée de la Constitution de 529, accordée à la femme *sur les biens dotaux eux-mêmes*.

Il y avait là une lacune que Justinien ne tarda pas à combler.

L'année suivante (en 531) il décida que l'hypothèque de la femme serait privilégiée et primerait celles de tous les autres créanciers du mari, quoique plus anciennes (1), même les privilèges de ceux qui auraient prêté de l'argent pour acheter ou réparer les biens du mari (2). Cette dernière faveur accordée à la femme était exorbitante, mais Justinien voulait que la Dot ne pût en aucune manière être diminuée (3). Ce privilège était personnel à la femme. Je crois du moins qu'il faut interpréter ainsi le silence de la loi à ce sujet : Mackeldey (4) paraît être de cet avis.

Telle est la succession chronologique des dispositions législatives par lesquelles Justinien voulut assurer la restitution de la Dot : on ne sait vraiment ce qu'il faut le plus admirer, ou sa sollicitude toute paternelle pour les femmes mariées, à raison de leurs Dots (5), sollicitude qui semblait grandir à chaque instant, ou la sagesse et la perfection des lois que cette sollicitude a produites.

(1) *L. 12, C. qui pot. in pign.*

(2) *Nov. 97, Cap. 3.*

(3) *Minui autem eis dotem nullo sinimus modo* (*Dict. Nov. dict. Cap. 3*).

(4) § 527, *in fine*.

(5) Je dis : à raison de leurs Dots, et c'est un point qu'il ne faut pas perdre de vue. Les privilèges dont je viens de parler, accordés aux femmes mariées, sont relatifs non pas à leurs personnes, mais à leurs biens DOTAUX. En voici une preuve : Justinien, par exception aux prohibitions si rigoureuses d'ailleurs du S. C.^{te} Velléien, décida qu'une femme pourrait valablement s'obliger pour la Dot d'une autre (*L. ult. C. ad S. C. Vell.*).

Enfin, pour compléter cette matière, il faut ajouter qu'en 530 Justinien confirma l'abolition déjà prononcée par les Empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, de la caution (*fidejussio dotis*) que le mari était obligé de donner pour la conservation de la Dot (1). La cause de ce changement est facile à saisir : l'hypothèque légale accordée à la femme rendait cette caution tout-à-fait superflue.

V. Des Paraphernaux.

Les biens *paraphernaux* n'ont jamais pu s'entendre que de ceux qui restaient à la femme mariée sans *manus*, en dehors de ses constitutions dotales : il ne pouvait être question de biens paraphernaux dans le mariage avec *manus*, puisque dans ce mariage tout ce que la femme avait au moment de la célébration ou qui lui advenait par la suite était la propriété exclusive de son mari (2). Cependant, il paraît probable que la femme *in manu*, assimilée à une *filiâ familiâs*, put, comme les enfants encore sous la puissance paternelle, posséder quelques biens à titre de *Pécule*, avec l'autorisation de son mari (3) : il n'est pas besoin de faire observer que ce pécule ne pouvait être que *profectice* ou *adventice*. Ainsi, de même que le pécule *profectice* comprenait ce qui était donné au *filiâs-familiâs* par son père, ou ce qui lui était donné con-

(1) *LL. 1 et 2, C., ne fidejuss. vel mandat. dot.*

(2) *Adquiritur autem nobis etiam per eas personas quas in potestate, MANU, mancipiove habemus* (*Ulp. Reg. XIX, 18*) — Voy. aussi Gaius, *Comment. II*, §§ 86, 90, 96.

(3) Hugo, § 101.

temptatione patris, le pécule profectice de la femme *in manu* devait se composer de ce que lui donnait son mari, ou de ce qui lui était donné en considération de son mari qui était pour elle *paterfamiliâs*. Quant à son pécule adventice, il devait comprendre tout ce qui lui advenait autrement et dont le mari consentait à lui laisser la disposition (1).

Le mot *Peculium* est employé par Ulpien dans la loi 9, § 3, ff. de *Jure dotium*, comme emprunté aux Gaulois et comme synonyme de *Paraphernal*. Il est possible que d'autres peuples que les Romains donnassent au mot *Pécule* (par rapport aux femmes mariées) le même sens que les Romains eux-mêmes attribuaient au mot *paraphernal*; mais du moins est-il certain que les Romains ne confondaient pas, dans leur signification légale, les Pécules et les Paraphernaux (2). Ne pourrait-on pas expliquer ce rapprochement du mot *Pécule* et du mot *paraphernal* dans la loi que je viens de citer; en disant que le *Pécule* est en quelque sorte au régime de la *Manus* ce qu'est le bien *paraphernal* au régime du mariage libre avec constitution de Dot (3)?

(1) Voy. sur les principes relatifs aux Pécules : Quinon, nos 260 et suiv.; Mackeldey, §§ 338 et 339, et lib. 13, tit. 1, ff. de *peculio*.

(2) Les étymologies des deux mots devaient suffire pour les faire distinguer. *Paraphernal*, PARAPHERNÈ (*extrâ dotem*). — *Peculium* : *pusilla pecunia* (L. 5, § 5, ff. de *pecul.*).

(3) C'est sans doute par un rapprochement pareil que Cicéron attribue à la *conventio in manum* l'effet d'une constitution générale de Dot : « *Ab effectis rebus, hoc modo : cum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri sunt dotis nomine* » (Topic. cap. 4).

Quoi qu'il en soit, les biens paraphernaux, je le répète, supposent des biens dotaux et par conséquent un mariage libre.

La femme en avait la disposition absolue : elle pouvait les vendre, les donner. Une Constitution de Théodose et Valentinien déclara que le mari n'aurait jamais sur ces biens d'autres droits que ceux que sa femme lui aurait attribués (1). Ainsi, elle pouvait lui en céder la propriété (2) ou seulement l'administration, et dans ce dernier cas il était soumis aux obligations d'un mandataire ordinaire (3).

À la même époque où Justinien donna une hypothèque légale à la femme, pour sûreté de sa Dot, sur les biens de son mari (en 530), le même empereur lui accorda une autre hypothèque légale, mais non privilégiée, à raison de l'administration que son mari aurait eue de ses biens paraphernaux (4).

La loi *Quintus Mucius*, 51 ff. de *donat. int. vir. et uxor.* disposait que toutes les choses de la propriété desquelles la femme ne justifierait pas, seraient considérées comme appartenant au mari. De là était né l'usage de dresser, lors de la célébration du mariage, un inventaire (*Libellus*) de tous les objets mobiliers que la femme apportait dans la maison commune et qui ne faisaient pas partie de la Dot : cet inventaire était signé par le mari. Ulpien nous apprend (5) que de son temps cet

(1) L. 8, C. de *pact. convent.*

(2) L. 9, § 5, ff. de *Jure dotium*.

(3) LL. 93 pr. ff. ad leg. *Falcid.* et 21, C. de *Procur.*

(4) L. ult. C., de *pact. convent.*

(5) L. 9, § 5, ff. de *Jure dot.*

usage était généralement suivi à Rome : *Ut Romæ vulgò fieri videmus* (1).

VI. De la Donation Propter Nuptias.

Hugo (2) pense que les Donations *antè nuptias* étaient à peu près inconnues aux Romains avant que Constantin eût transféré à Bysance le siège de l'empire, en 326 (3), mais qu'à cette même époque elles étaient déjà une coutume générale en Orient : si l'on en croit le savant jurisconsulte allemand, la Donation *antè nuptias* serait donc d'origine grecque (4).

(1) Voy. Hugo, § 352, *in fine*.

(2) § 381.

(3) *Veteribus quidem prudentibus erat incognitum*. § 3, *Inst. de Donat.*

(4) Il résulterait de là qu'on aurait eu tort de confondre quelquefois la Donation *antè nuptias* ou *propter nuptias* avec les *Munera sponsalitia* et les *Arrhæ sponsalitiæ*, connus à Rome bien des siècles avant Constantin : ainsi Marezoll (§ 148) semble mettre sur la même ligne les *Arrhæ sponsalitia* et l'*antè nuptias Donatio*, comme étant synonymes, et Pellat ne relève pas cette erreur. Hugo, au contraire, enseigne (§ 401) que les *Arrhæ* étaient des gages donnés pour assurer l'exécution d'une promesse de mariage (comme on en donnait pour assurer une promesse de vente, *pr. inst. de empt. vendit*). C'est ce qu'explique aussi Mackeldey (§ 307) : c'est ce qui résulte enfin de la loi 5, C. *de sponsalibus* et des commentaires de Cujas sur cette loi. Comment donner d'ailleurs aux *Arrhæ sponsalitia* la dénomination grecque par laquelle on désignait les Donations *antè nuptias* : ANTI PHERNÈ, c'est-à-dire *contredot* ou *pendant de la Dot*? (Ant. Hotman, *de veter. rit. nupt. Cap. vi*). — Il ne faudrait pas les confondre non plus avec les *Dona nuptialia*, *Munera nuptialia*, ou cadeaux de noces, dont j'ai parlé au § 1.^{er}, *in fine*, pag. 185-186.

Ant. Hotman (1) explique ainsi l'origine de cette donation. Très-anciennement, dit-il, il fut en usage de garantir la Dot par un gage ou une hypothèque (2); et comme par la suite on convint que la femme gagnerait quelque chose de ce gage, il fut considéré comme une véritable donation faite par le mari à sa femme, pour assurer à celle-ci la restitution de sa Dot, au cas de dissolution du mariage, et fut appelé *Donatio propter nuptias*.

Je ne saurais admettre cette interprétation; car, outre qu'elle n'est fondée sur aucune présomption, elle aurait pour résultat de faire remonter le commencement de la Donation *propter nuptias* à une époque beaucoup trop reculée, et à se mettre en opposition avec ce que dit Justinien lui-même : *A junioribus principibus introductum* (3), cette dénomination de *juniore*s ne pouvant s'appliquer évidemment aux Empereurs antérieurs à Constantin. Et cette expression dont se sert Justinien doit, par la même raison, faire rejeter l'opinion rappelée par Papien (4) de ceux qui font remonter l'introduction de la donation dont il s'agit, dans le Droit Romain, à Dioclétien et Maximien, et même jusqu'à Marc-Aurèle.

Aussi, j'adopte complètement l'opinion de Hugo : ce qui peut la confirmer, c'est cette expression ANTI PHERNÈ par laquelle on a dès le principe désigné la Donation *antè nuptias* : ce mot qui en indique parfaitement le caractère n'a pas d'équivalent dans la langue romaine. D'ail-

(1) *Dict. Cap. vi*.

(2) *L. 1, ff. qui pot. in pign. habent*.

(3) § 3, *Inst. de Donat.*

(4) *Analys. Instit. ad tit. de Donationibus*.

leurs, on comprend très-facilement qu'à l'époque où le siège de l'Empire fut transféré à Bysance, si les mœurs, les usages de Rome, durent en partie être adoptés par les peuples de l'Orient, s'il y eut aussi des usages qui durent se perdre, il y eut également plusieurs coutumes de l'Orient qui durent prévaloir et être maintenues : ce sont là les résultats inévitables de la fusion de deux nations d'origines différentes. Cet usage enfin s'alliait parfaitement avec les idées de la religion nouvelle, introduite dans l'Empire, qui proclamait l'égalité des époux (1).

Enfin, et pour dernier argument, je ferai remarquer que si la Donation *antè nuptias* était d'origine romaine, on devrait en trouver la preuve dans les lois romaines elles-mêmes; or, Gaius, qui vivait sous Adrien et Marc-Aurèle, n'en dit pas un mot : Ulpien et Paul, qui vivaient au commencement du troisième siècle, n'en parlent pas davantage, et la Constitution la plus ancienne où nous trouvons la mention de la Donation *antè nuptias*, dans le corps de Droit Romain, est des Empereurs Théodose et Valentinien (2), postérieure par conséquent d'un siècle

(1) Quelques auteurs ont cru trouver dans un passage de Tacite la preuve que la Donation *antè nuptias*, faite par le mari à sa femme, avait été empruntée aux peuples de la Germanie : *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* (de Mor. German. Cap. 48). — Il n'y aurait pas de raison pour qu'on n'en fit pas remonter l'origine aux Assyriens, chez lesquels les hommes étaient obligés de payer les femmes qu'ils voulaient épouser (Bouillet, Dictionn. de l'Antiq., v.° Mariage). — Mais à quoi bon aller chercher aussi loin une explication, lorsqu'on peut en trouver ailleurs une autre beaucoup plus simple, plus naturelle et surtout plus rationnelle?

(2) L. 17, C. de Donat. antè nupt.

à Constantin lui-même ! Il existe, il est vrai, dans le titre du Code intitulé de *Donationibus antè nuptias* (1), divers Rescrits plus anciens des Empereurs Sévère, Antonin, Alexandre, Gordien, etc.; mais ils ne sont pas relatifs à la Donation *antè nuptias*, proprement dite : ce qui le prouve, c'est que, parmi ces Rescrits, il en est qui sont relatifs à des *Munera sponsalitia* (2), essentiellement distincts de la Donation *antè nuptias*, et d'autres, à des donations faites par la femme à son mari (3) : or, la donation dont nous nous occupons est essentiellement du mari à la femme.

Je n'insisterai pas plus longuement sur ce premier point. Voyons maintenant comment s'explique dans le Droit Romain, l'existence de la Donation *antè nuptias*.

Il est permis aux époux, avant et même après leur union, de déterminer par des pactes dotaux, ou contrats de mariage (*pacta nuptialia*, *pacta dotalia*) leurs droits respectifs, quant à leurs biens (4). Les conventions de cette nature pouvaient être relatives, entre autres, à la destination que recevrait la Dot (5) : il pouvait même être convenu, par dérogation à la règle générale de restitution de la Dot, que le mari la garderait soit en totalité, soit en partie, en cas de prédécès de la femme :

(1) Lib. v, tit. 3.

(2) L. 7, *ibid.*

(3) L. 12, *ibid.*

(4) Voy. Dig. xxiii, 4. — C. v, 14.

(5) Elles pouvaient être en général écrites ou verbales (L. unic. pr. C. de rei uxor. action.). La Nov. 117, Cap. 4 et 6, prescrivit aux grands dignitaires et aux illustres de faire un contrat de mariage écrit.

c'était pour lui un gain de survie (1). Lorsqu'une convention de cette nature avait été faite, le mari était obligé de donner à sa femme certains biens dont elle devait profiter elle-même, dans le cas où elle lui survivrait. C'est cette constitution du mari à sa femme qui s'appelait *Donatio antè nuptias* : c'était une espèce de compensation de la Dot; c'était, en un mot, la Dot du mari, qui faisait en quelque sorte le pendant de la Dot de la femme.

L'introduction de la Donation à cause de noces dans le Régime Dotal dut en changer considérablement le caractère : une institution semblable n'aurait pu exister à l'époque où la puissance maritale conservait encore toute son ancienne rigueur, et où le mari était maître absolu dans le mariage. Mais cette suprématie avait diminué peu à peu; nous l'avons vu au sujet de la propriété de la Dot : et l'on tendait insensiblement à regarder les époux comme étant dans une position plus égale. Dès lors, quelques-unes de leurs obligations durent être réciproques; leurs bénéfices, leurs espérances même durent être compensés, et l'on ne peut s'empêcher de voir dans l'apport fait par le mari, comme équivalent de l'apport fait par la femme, le signe précurseur d'un système d'association ou de communauté, sinon plus utile à la femme, du moins plus conforme au caractère que le mariage tire du droit naturel.

Toutefois, ce ne fut que par une suite de changements lents et nombreux que la Donation *antè nuptias* acquit

(1) LL. 12, pr., et 26, § 2, ff. de pact. dotal. — L. 6, C. de pact. convent. tam sup. dot.

cette physionomie que nous lui voyons sous Justinien : une innovation pareille dans le Droit ne pouvait se faire d'une manière subite, et la législation changea souvent avant qu'on pût appeler la Donation *antè nuptias* : *dos contraria, æquamentum, levamentum, examen, amussis, sacoma dotis* (1). Voyons donc par quelles gradations successives s'opérèrent ces changements, relativement à la Constitution, l'Administration et la Restitution de cette Donation.

1. De même que la Dot de la femme pouvait être constituée soit par elle-même, soit par sa mère, soit par son père, soit par un tiers, la Donation *antè nuptias* pouvait aussi provenir soit des biens du futur, soit de ceux de son père, soit de ceux de sa mère, soit de ceux d'un étranger. C'est ce qui résulte formellement d'une Constitution des Empereurs Léon et Anthémios, de 468 : *Sivè pater pro filio, sivè mater, sivè ipse ducturus uxorem sui juris constitutus, sivè quilibet alius pro eo antè nuptias donationem nupturæ dederit seu promiserit* (2). Il paraît que, sous ce rapport, l'assimilation de la Donation *antè nuptias* et de la Dot exista dès le principe, et Justinien n'eut sans doute aucun changement à apporter aux lois de ses prédécesseurs relativement à la constitution de cette Donation. Je crois même que le père de famille fut aussi, dès l'origine de cette Donation, obligé de la constituer à son fils, de même que c'était une obligation pour lui de constituer une Dot à sa fille, depuis les lois *Julia* et *Pappia Pop-*

(1) Cujas, Comment. ad tit. C. de donat. antè nupt., v, 5.
(2) L. 9, C. de pact. convent.

pæa; et que si Justinien, dans les lois 25 *C. de Nupt.* et 28. *C. de episc. aud.*, parle de l'obligation où sont les curateurs d'un père aliéné de constituer sur les biens de celui-ci une Donation *antè nuptias* à son fils qui se marie, ce n'est pas là un droit nouveau qu'il établit, mais seulement l'application à un cas particulier d'une règle générale existant depuis long-temps; car le même Empereur semble reconnaître que l'obligation du père de constituer une Donation *antè nuptias* à son fils est aussi ancienne que l'obligation de doter sa fille : *Apud veteres* (1).

A cet égard, les principes de la Donation *antè nuptias* durent donc rester sous Justinien ce qu'ils étaient avant cet Empereur. Si je ne me trompe, il y a encore là une preuve de plus que la Donation *antè nuptias* ne fut point, comme on l'a prétendu quelquefois, le résultat d'un usage établi peu à peu dans le Droit Romain, mais que ce fut une institution toute créée qu'on emprunta aux mœurs de l'Orient. Autrement, on verrait le premier principe de cette Donation, celui de la constitution, ne s'avancer que progressivement pour atteindre en définitive une ressemblance aussi parfaite avec la Dot; car les usages nouveaux ne s'introduisent pas chez un peuple d'une manière brusque avec toute leur perfection. Tandis qu'on comprend très-bien que la constitution de la Donation *antè nuptias* ait eu, dès le principe, une ressemblance parfaite avec celle de la Dot, parce qu'elle avait déjà, lorsqu'elle fut reçue dans la législation romaine, le même caractère qu'avait la Dot dans cette même

(1) *L. 7, C. de dot. promiss.*

législation : en un mot, on empruntait un usage nouveau, mais les règles en étaient déjà connues.

Mais la ressemblance, je l'ai dit, ne fut pas toujours aussi parfaite sous tous les autres rapports.

Il résulte des principes du Digeste que la Dot pouvait être constituée, soit avant, soit pendant le mariage (1) : mais les deux lois qui contiennent ces principes sont de deux jurisconsultes qui ont écrit sous les Empereurs, c'est-à-dire à une époque où l'on commençait déjà à s'éloigner de cette idée que la Dot était une donation entre époux, une donation de la femme au mari, pour la considérer plutôt comme la propriété de la femme : on comprend dès-lors pourquoi elle pouvait être constituée pendant le mariage, lorsque les donations ordinaires du mari à la femme ou de la femme au mari, étaient prohibées par la loi. Dans le principe, au contraire, la Donation *antè nuptias*, considérée comme une véritable donation entre époux, ne pouvait être constituée pendant le mariage. Il fallait nécessairement qu'elle eût lieu avant sa célébration : il résultait de là une autre différence entre la Dot et la Donation *antè nuptias*, c'est que la constitution de Dot, par un privilège spécial, était dispensée de la formalité de l'insinuation qui était obligatoire pour les donations ordinaires, dans le but de les rendre publiques, lorsqu'elles excédaient une certaine valeur (2); tandis que la Donation *antè nuptias* était soumise à cette insinuation.

Mais Justin, dans la loi 19 *C. de Donat. antè nupt.*, autorisa la constitution et même l'augmentation de la Dot

(1) *LL. 24 et 28, ff. de pact. dotal.*

(2) *L. 36, § 3, C. de donat.*

pendant le mariage, sous la condition toutefois que la Donation *antè nuptias* recevrait en même temps une augmentation proportionnée à celle de la Dot (1).

Justinien compléta l'œuvre de son prédécesseur : dans la loi 20, *C. eod. tit.*, il autorisa la constitution et même l'augmentation, pendant le mariage, de la Donation *antè nuptias* (2); il déclara que cette donation ne devait point être assimilée aux donations ordinaires; en conséquence, qu'elle pourrait être insinuée *constante matrimonio* (3), et que, par l'accomplissement de cette formalité, sa nullité première, résultant du défaut d'insinuation, serait effacée. Le motif de cette dernière disposition fut d'empêcher les fraudes des maris qui, après avoir fait à leurs femmes des Donations *antè nuptias*, négligeaient à dessein de les faire insinuer, pour les rendre nulles, et priver ainsi leurs femmes des avantages qu'ils avaient eu en apparence l'intention de leur faire.

Enfin, puisque cette donation pouvait avoir lieu pendant le mariage, son premier nom de *Donatio antè nuptias* ne pouvait plus subsister, et il fut changé en celui de *Donatio propter nuptias* (4).

Quelque temps après, Justinien dispensa entièrement la Donation *propter nuptias* de l'insinuation (5).

(1) Hugo, § 405.

(2) Toutes ces variations dans la législation de cette donation sont expliquées par Boucher d'Argis (Traité des Gains nuptiaux, chap. 2).

(3) *Dict. leg.* § 1.

(4) § 3, *Instit. de Donat.*

(5) Nov. 119, cap. 1. — Hugo (§ 406) pense que d'après le Code de Justinien la Donation *antè nuptias* ne pouvait plus être

II. La Donation *propter nuptias*, assimilée d'abord à une donation ordinaire et soumise aux mêmes formalités, dut, dans le principe, être considérée, pendant la durée du mariage, comme la propriété véritable de la femme. Le mari, il est vrai, comme chef de l'association conjugale, en avait l'administration, comme il avait l'administration des biens qui composaient la Dot; en sorte que la femme se trouvait avoir tout à la fois la propriété *naturelle* de la Dot et la propriété *naturelle* de la Donation *propter nuptias*. Tandis que le mari n'avait que la propriété *civile* de l'une et de l'autre.

Mais cette manière d'envisager la propriété de la Donation *propter nuptias* dut changer entièrement, lorsqu'une assimilation complète eut été établie entr'elle et la Dot par Justinien, dans la Nouvelle 97. Dès-lors la donation *propter nuptias* demeura la propriété réelle du mari, comme la Dot demeurerait la propriété de la femme. L'une et l'autre, en un mot, durent être considérées comme créées dans un même but, celui de subvenir aux charges du mariage. Ainsi, 1.^o dans le cas où les affaires du mari étaient en mauvais

faite *que pendant le mariage*. Je n'ose m'insurger contre une aussi grave autorité; mais il me semble que cette restriction ne peut résulter des termes de la *L. 20, C.* dont je viens de parler : *constante matrimonio talem donationem facere*. Cela signifie bien que cette donation pouvait avoir lieu *pendant le mariage*, mais cela ne veut pas dire qu'elle pût être faite *seulement pendant le mariage*, et non pas avant sa célébration. D'ailleurs comment une contradiction pareille pourrait-elle exister? C'est dans la même loi que Justinien a dit que la Donation *antè nuptias* était une véritable Dot, *antipherna*; or la Dot, je l'ai dit, pouvait être constituée, soit avant, soit pendant le mariage.

état, la femme pouvait demander tout à la fois et la restitution de sa Dot et la livraison de la Donation *propter nuptias*, et devait alors les employer aux frais du ménage et à son entretien, celui de son mari et celui de ses enfants. La disposition de la loi 29 *C. de Jure dotium* était commune à la Dot et à la Donation à cause de noces. — 2.^o D'après la Nouvelle 61, chap. 1.^{er}, le mari ne pouvait aliéner ni hypothéquer les immeubles compris dans la Donation à cause de noces, même du consentement de la femme, à moins qu'elle ne renouvelât ce consentement après un intervalle de deux ans (1). — 3.^o Enfin, la Nouvelle 109, chap. 1.^{er}, donnait à la femme, à raison des droits qu'elle pourrait avoir sur la Donation *propter nuptias*, une hypothèque tacite sur les biens de son mari; mais cette hypothèque n'était pas déclarée privilégiée par cette même disposition.

III. Avant la suppression des anciennes actions *rei uxoris et ex stipulatu*, lorsqu'il n'y avait pas eu de stipulation expresse de restitution de la Dot, soit aux constituants, soit aux héritiers de la femme, le mari survivant gagnait la Dot (sauf le cas de retour légal de la Dot *profectice*) (2).

De même, lorsque la Donation à cause de noces était encore considérée comme une donation ordinaire du mari à la femme, celle-ci devait gagner définitivement, par la mort

(1) On trouve une disposition analogue et fondée sur le même motif, dans la loi 22 *C. ad S. C. Velleian*, relativement à l'intercession de la femme : *quia si vè hâc obligationis geminatione, si vè diuturnitate temporis, præsimitur mulier non pro aliend, sed pro sua utilitate contraxisse* (Quinon, n.^o 672, 5.^o).

(2) Ulpien, VI, 4 et 5.

de son mari, les biens qu'il lui avait donnés : ce gain de survie devait avoir lieu par une juste réciprocité de celui qui était accordé au mari. Je dois me hâter de dire cependant que c'est là seulement une supposition de ma part; en d'autres termes, il n'existe, à ma connaissance, aucun texte de Droit qui contienne une disposition semblable : mais ce principe me semble avoir dû exister d'abord, comme une conséquence forcée du caractère primitif de la donation et comme une compensation pour la femme d'un bénéfice accordé par la loi au mari.

Mais lorsque Justinien eut aboli le gain de la Dot en faveur du mari survivant, pour tous les cas où il n'y aurait pas eu une stipulation expresse (1); comme ce fut à la même époque à peu près que la Donation à cause de noces fut assimilée à la Dot et reçut ainsi un caractère nouveau en cessant d'être considérée comme la propriété de la femme, il est permis de croire qu'en même temps le gain de survie de la Donation à cause de noces, en faveur de la femme, dut cesser d'avoir lieu, et que cette donation (à moins de stipulation contraire) restait aux héritiers du mari, comme la Dot restait aux héritiers de la femme, mais que celle-ci ne la gagnait plus, dans le cas où elle survivait.

Nous n'avons pas non plus, sur ce point, de dispositions législatives émanées de Justinien; mais, outre que la ressemblance parfaite établie entre la Donation *propter nuptias* et la Dot me fait présumer qu'il en a été ainsi, une constitution de l'Empereur Léon me confirme dans cette opinion. Dans la vingtième de ses Constitu-

(1) *L. unica*, § 6, *C. de rei uxori. action.*

tions, cet Empereur dit de la manière la plus positive que d'anciennes lois (*vetustiores leges*), disposaient qu'à défaut d'une stipulation d'un gain de survie, chacun des époux reprenait (ou ses héritiers, bien entendu) ce qui était sa propriété, *ex æquo ad utrumque sua revertentur*, c'est-à-dire que la Dot retournait à la femme ou à ses héritiers, et la Donation à cause de nocces, au mari ou à ses héritiers.

Ces mots *vetustiores leges* me semblent indiquer suffisamment les lois de Justinien, car les Constitutions de Léon le Philosophe eurent pour objet de modifier le Code et les Novelles de Justinien, et il pouvait bien qualifier de *vetustiores* des lois qui dataient pour lui de trois siècles et demi (1).

Dans le cas où une convention était faite relativement aux gains de survie, avant les Empereurs Léon et Anthémios, il pouvait être stipulé que le mari aurait un gain de survie sur la Dot, sans que la femme eût en même temps un gain de survie sur la Donation à cause de nocces; et réciproquement un gain de survie pouvait être stipulé pour la femme, sans qu'il en fût stipulé pour le mari. Mais ces deux empereurs, dans la Constitution que j'ai déjà eu occasion de rappeler (2), décidèrent que les gains de survie stipulés en faveur du mari et de la femme devraient toujours être réciproques et proportionnés à la valeur respective de la Donation *prop-*

(1) Dans certains Corps de droit annotés, on renvoie des mots *vetustiores leges* de la Constitution 20 de Léon le Philosophe, à la Nov. 97, ch. 1 de Justinien : *de æqualitate dot. et prop. nupt. donat.*

(2) Voy. ci-devant, pag. 228.

ter nuptias et de la Dot; c'est-à-dire qu'un gain de survie ne pouvait être convenu au profit d'un époux, sans qu'un gain de survie ne fût en même temps convenu au profit de l'autre, et dans la même proportion : ainsi, si le gain de survie du mari était du quart de la Dot, le gain de survie de la femme devait être du quart de la Donation.

Justinien créa des dispositions plus rigoureuses encore : il établit l'égalité la plus absolue, en ordonnant que la Dot et la Donation devraient être toujours de la même valeur, et que les gains de survie, sur l'une et sur l'autre, seraient aussi de la même quotité (1).

On est obligé de reconnaître que dans cette dernière disposition, Justinien ne montra pas cette sagesse dont sont empreintes la plupart de ses autres lois. Ce qu'il crut n'être qu'une rigoureuse justice dut entraîner de fâcheuses conséquences, et empêcher souvent les unions entre personnes dont les fortunes n'étaient pas à peu près égales. Telles sont les principales règles qui furent successivement prescrites pour la Donation *propter nuptias*. L'introduction de cette donation dans la jurisprudence fait époque dans l'histoire du Droit Romain. Elle fut le commencement d'une ère nouvelle. Elle donna au Régime Dotal une physionomie moins sévère, en établissant plus d'égalité entre les époux. Enfin, les derniers perfectionnements qu'elle reçut en même temps que la Dot et les Successions, marquent en quelque sorte le terme des grandes créations de la législation romaine.

(1) Nov. 97, Cap. 4.

VII. Quelques Réflexions.

I. J'ai dit, au commencement de cette dissertation, que dans l'exposé d'une partie spéciale du Droit privé des Romains, une division historique par périodes serait tout-à-fait inutile; car les événements qui changent à certaines époques l'aspect général d'une législation, ne présentent que des modifications sans importance, ou qui peuvent être difficilement appréciées, lorsqu'on veut en analyser l'influence et rechercher en détail quels ont été leurs effets sur les diverses parties de cette législation. J'ai dit aussi que si l'on devait admettre une exception à ce principe, que je crois vrai d'une manière à peu près absolue, ce serait peut-être pour le droit du mariage et de la Dotalité: et l'on pourrait prendre pour époque intermédiaire entre les temps anciens et Justinien l'établissement du Christianisme dans l'Empire Romain. son influence, à quelques égards, sur cette partie du Droit privé fut telle en effet qu'on pourrait dire, en quelque sorte, que si le principe que je viens de rappeler est vrai en règle générale, il faut poser, relativement au Mariage et à la Dot, un principe tout-à-fait contraire. En d'autres termes, si l'influence du Christianisme sur l'ensemble de la législation romaine fut bien moins considérable qu'on aurait pu s'y attendre (1), elle se fit, au contraire, sentir d'une manière marquée sur quelques parties du sujet que j'ai traité.

On a presque fait à Hugo le reproche d'avoir nié cette

(1) Hugo, § 582, note 1.

influence (1): rien ne prouve cependant qu'il ait entendu la nier d'une manière absolue: dans une histoire comme la sienne, qui embrasse tout à la fois les sources du Droit, le Droit Civil et le Droit Public, il n'a pu émettre une semblable opinion que d'une manière générale et il l'a fait avec raison; mais il l'eût sans doute restreinte, s'il fût entré dans des détails que le plan de son ouvrage ne comportait pas. — Montesquieu a émis un avis tout-à-fait contraire, et qui n'admet pas de restriction, puisqu'il a dit d'une manière absolue: « Le Christianisme donna son caractère à la jurisprudence (2) ». Malgré le respect dû aux opinions du plus grand de nos publicistes, on ne peut se dissimuler qu'il ne soit tombé dans une erreur qui est précisément l'opposé de celle qu'on a voulu attribuer à Hugo: car si l'on ne peut refuser toute influence à la religion chrétienne sur la jurisprudence romaine, on ne peut pas non plus la considérer comme ayant opéré une révolution universelle dans les lois.

II. Montesquieu a dit que le Christianisme était la perfection de la loi naturelle (3); et c'est le plus bel éloge que l'on ait pu en faire. Sous ce point de vue, son introduction dans le Droit Romain ne dut pas produire une secousse aussi violente qu'on pourrait le penser: les Romains devinrent chrétiens presque à leur insu. Le Christianisme ne fit qu'étendre le droit naturel, reçu dès longtemps dans les lois de Rome sous le nom d'*Equité*, de

(1) Le Législateur, Revue de Droit, de Législation et de Jurisprudence, 7.^e cah., art. 50, p. 544.

(2) Esprit des Lois, liv. 25, ch. 21.

(3) Défense de l'Esprit des Lois, 1.^{re} partie, § 2, réponse à la 10.^{me} objection.

manière à faire que ce droit, qui n'était qu'une exception, absorbât en quelque sorte le droit positif qui était la règle.

De même que Rome eut dans sa religion un Janus à deux visages, et dans son droit politique la dualité des Patriciens et des Plébéiens, du *Populus* et de la *Plebs*, elle eut aussi dans son droit privé deux principes distincts, le Droit civil (*Jus civile*) et l'Équité (*Æquitas*); le Droit strict (*strictum Jus*) et la bonne foi (*bona fides*).

Ce serait une manière intéressante d'envisager l'histoire du Droit Romain que de la considérer sous le rapport de ces deux principes toujours distincts, s'avancant parallèlement dans la législation, depuis le Droit Prétorien jusqu'à Justinien, et de chercher par quelles causes le Droit strict, le Droit des formules, d'abord la seule règle des intérêts civils, se vit ébranlé par les Préteurs qui opposèrent à ses principes rigoureux des principes plus sages, en venant au secours de la bonne foi, et comment cet antagonisme légal finit sous Justinien.

Dans cette dualité du Droit civil Quiritaire et de l'Équité, l'époque la plus remarquable est celle-là même où elle finit : c'est l'époque de Justinien; car ce ne fut qu'alors que les rigueurs du Droit païen firent presque entièrement place aux préceptes divins et à la morale bienfaisante de la religion du Christ. Les persécutions de Néron, Domitien, Trajan, Marc-Aurèle, Sévère, Maximin, Dèce, Valérien, Aurélien et Dioclétien ne furent que les derniers efforts du paganisme mourant; il triompha en apparence; mais il y avait dans le sang des martyrs un germe qui ne devait pas périr : la domination du Christianisme fut assurée après la conversion de Cons-

tantin, et l'hérésie de Julien l'Apostat ne put la détruire. Ce n'est cependant que sous Justinien que nous voyons la morale de l'Évangile dominer tout-à-fait dans quelques parties de la législation, et le chef de l'État promulguer ses lois au nom de Jésus-Christ (1).

III. On peut se rendre facilement raison des motifs différents qui dictèrent à Auguste et à Justinien leurs lois sur les mariages.

La politique d'Auguste était d'augmenter, autant que possible, la population romaine. Pour atteindre ce but, il accorda au mariage des privilèges inouïs et infligea en même temps des peines au célibat. La religion païenne n'était point défavorable à la population, et les lois sévères d'Auguste finirent par faire considérer le célibat comme une impiété. Ainsi, un but politique avait dicté les lois Papiennes et elles devinrent, en quelque sorte, des lois de religion.

Mais quand le Christianisme domina, on envisagea différemment les mariages et tout ce qui tenait à la propagation de l'espèce : sous les Empereurs païens, on avait flétri le célibat : sous les Empereurs chrétiens, des vues religieuses firent honorer la continence. Ainsi, Constantin le premier abolit les peines des lois Papiennes contre le célibat; Théodose en exempta ceux qui étaient mariés et qui n'avaient pas d'enfants (2).

Mais Justinien, exagérant la morale du Christ, flétrit du nom de prostituées les femmes qui contractaient une

(1) Voy. le *Proœmium* des *Institutes*, les 3 préfaces du *Digeste*, etc.

(2) C. lib. 8, tit. 38, de *infirm. pœn. cœlib.*

seconde union, et accorda des avantages à celles qui conservaient leur viduité (1). Et cependant, je l'ai déjà fait remarquer, Justinien accorda à la femme mariée, à raison de sa Dot, des privilèges inconnus jusqu'à lui. En cela, ne semble-t-il pas en contradiction avec lui-même? Pourquoi tant favoriser la Dot, pourquoi prendre tant de précautions pour sa conservation, si, après la mort de son mari, la femme ne peut plus porter sa Dot à un nouvel époux, ou si, du moins, elle ne peut le faire qu'en outrageant la religion et la morale et en se soumettant aux peines de la loi?—Cependant, la contradiction n'est qu'apparente; l'aisance dans les ménages, l'intérêt des enfants justifiaient suffisamment les privilèges de la Dot (2).

IV. En ce qui concerne la propriété de la Dot, qui était absolue pour le mari, avant Auguste, le pouvoir souverain accordé à la femme d'en empêcher soit l'aliénation, soit l'hypothèque se ressent de l'influence des principes de la religion chrétienne: le mari n'a plus sur

(1) Nov. 127, Cap. 3.

(2) Ce qu'on ne pourrait concilier aussi aisément, c'est la morale proclamée par Justinien dans ses lois et celle qu'il met lui-même en pratique, en prenant sur le théâtre une femme qui s'y était long-temps prostituée (Montesquieu, Grand.^r et Décadence, ch. 20. — Hugo, § 422) et qui était la fille d'un garçon du cirque (Bouillet, Diction. hist. v.^o *Theodora*). — Du reste la corruption des mœurs était au plus haut point sous Justinien: la Nov. 81, relative aux théâtres, en fournit une preuve. — « Les Romains avaient distingué toutes les espèces d'enfants naturels (C. lib. 3, tit. 27, de natur. lib.) avec un soin qu'on pourrait citer en preuve du degré de corruption où ils étaient parvenus (Discours du Tribun Duveyrier, au Corps Législatif, sur le titre du Code civil des enfants naturels) ».

la Dot qu'une propriété fictive. Les deux époux conservent leurs patrimoines distincts: il y a entre eux une égalité parfaite. Le mari n'a plus sur sa femme d'autre prééminence que celle que la nature elle-même à accordée au sexe le plus fort sur le sexe le plus faible.

Qu'il y a loin de cette époque à celle où le citoyen romain, changeant sa propre demeure en un tribunal redoutable et se faisant justice à lui-même, jugeait son épouse coupable et lui infligeait la peine de son infidélité!

V. La dualité ancienne du *droit strict* et de la *bonne foi* se retrouve encore sous Justinien, à l'occasion de la Dot, dans les actions *ex stipulatu* et *rei uxoriæ*. Ces deux actions, je l'ai dit, indiquent la distinction primitive du droit des Patriciens et du droit des Plébéiens. Après la fusion opérée par la loi des XII Tables, les deux droits devinrent bien communs aux deux classes, mais ils n'en demeurèrent pas moins distincts et séparés entre eux. Et ce fut une rivalité digne de remarque que celle qui dura jusqu'aux Empereurs chrétiens entre le droit introduit par les Préteurs et le droit rigoureux dont les lois de fer des anciens Plébéiens avaient été l'origine. Ce droit rigoureux était encore un souvenir de cette époque de superstition et d'ignorance où les formules sacramentelles étaient exigées pour l'exécution des conventions et l'application des lois: mais l'Équité seule devait, sinon remplacer les lois, du moins leur servir de base, lorsque la religion chrétienne eut ramené les peuples aux sentiments de la nature et aux inspirations de la droite raison.

La fusion des deux anciennes actions par lesquelles

pouvait se demander la restitution de la Dot, en une seule action *bonæ fidei*, n'opéra cependant pas dans la Dotalité un changement bien important. Cette innovation eût été plus remarquable trois ou quatre siècles plus tôt; car alors la dualité dont j'ai parlé était encore dans toute sa force; le vieux Droit de Romulus se retrouvait encore dans la législation. Mais, depuis Constantin, les idées nouvelles l'avaient envahie. Cet Empereur avait porté le premier coup à l'ancien droit des familles, en diminuant la puissance des pères sur leurs enfants : les lois, comme les mœurs, se relâchaient de leur ancienne rigueur, et tout porte à croire que, lors de la suppression de l'action *stricti juris* en restitution de la Dot, on avait déjà renoncé depuis long-temps aux formalités de la stipulation pour s'en tenir à l'action *bonæ fidei*.

VI. La Donation *propter nuptias*, à laquelle j'ai consacré un chapitre, est encore une preuve de l'influence du Christianisme sur les lois. J'ai démontré qu'elle est d'origine grecque; mais ce serait, je crois, une erreur de penser qu'il faut uniquement attribuer son introduction dans le Droit Romain à la translation du siège de l'Empire en Grèce. Je suppose qu'Auguste, ou tout autre Empereur païen, eût fait de Bysance la capitale de son Empire : je crois que l'usage de la Donation *propter nuptias* n'aurait pas été adopté : il aurait été en opposition avec l'idée que l'on avait alors du mariage, et avec la suprématie que la loi romaine attribuait au mari sur sa femme, tandis qu'on était très-disposé à recevoir cet usage étranger, depuis que la religion chrétienne avait établi l'égalité des époux. Et il faut remarquer qu'à mesure que les préceptes de la religion nouvelle s'affermirent de plus en plus, cette égalité devenait aussi

plus frappante, et par suite elle finit par être parfaite entre la Donation *propter nuptias* et la Dot.

VII. Les païens ont attribué la chute de l'Empire au Christianisme, et peut-être ne l'ont-ils pas fait sans raison : l'une des principales causes de la grandeur de Rome avait été la rigueur et la sévérité de ses lois. Les Romains, devenus Chrétiens, exagérèrent les préceptes de la doctrine du Christ, comme cela arrive presque toujours quand des idées nouvelles ont été reçues chez un peuple. L'Équité, qui doit seulement servir de base et d'interprète aux lois, remplaça, en quelque sorte, le Droit. Or, de l'Équité à l'Arbitraire, et de l'Arbitraire à l'Anarchie, il n'y a qu'un pas.

En vain quelques voix éloquantes avaient voulu s'élever pour rappeler aux Romains et ces lois et cette religion qui avaient fait autrefois leur force et leur gloire (1). Des voix plus éloquantes encore (2) assurèrent le triomphe de la religion chrétienne qui devait bientôt elle-même succomber, pour quelque temps, sous les envahissements des Barbares.

Gustave GRIMAUD,
Avocat à la Cour royale de Grenoble.

Nous ne pouvons isoler cette dissertation du rapport dont elle a été l'objet dans la séance de distribution des prix. Voici dans quels termes elle s'y trouve appréciée par notre honorable collaborateur M. Taulier :

« Trois concurrents se sont présentés. L'un n'a pas même été jugé digne d'une mention honorable; l'auteur n'est certes pas

(1) Symmaque, Préfet du Prétoire.

(2) Salvien, saint Augustin, etc.

un candidat incapable de bien faire, mais son œuvre est incomplète; il n'y a consacré ni le temps ni la méditation nécessaires. L'autre a obtenu les suffrages unanimes de la faculté; elle lui a décerné sans hésitation la médaille d'or.

On peut reprocher, je crois, à l'auteur de ce mémoire de s'être renfermé trop scrupuleusement dans son sujet. L'histoire de la dot contient implicitement l'histoire du mariage et de la condition des femmes. L'auteur a bien saisi ce point de vue, mais il aurait pu s'y attacher davantage, et, tout en lui laissant un caractère accidentel, y puiser d'utiles développements et des considérations intéressantes. Quel lent travail, en effet, s'est accompli au sein de l'humanité depuis l'époque où le mari était un maître absolu jusqu'à celle où, son pouvoir étant devenu un simple pouvoir de protection, la dépendance des femmes est le plus souvent l'expression de la réserve délicate et de la sainte pudeur qui les honorent! C'est ainsi que dans le droit primitif les institutions se fondent sur la force, elles vivent par la contrainte, la civilisation ouvre les esprits à la raison, elle rétablit les notions préexistantes et éternelles du juste et de l'injuste, elle protège le règne de l'équité et de l'égalité naturelles qui est le règne de la vraie loi, de la loi de Dieu.

Pour assigner son origine à la dot, l'auteur du mémoire signale la distinction qui existait entre le mariage des plébéiens et celui des patriciens. Dans le premier, la femme, avec tous les biens qu'elle possédait et tous ceux qu'elle pouvait acquérir par la suite, devenait la propriété du mari; elle était une véritable esclave et comme une chose conquise. C'est qu'en effet, pour se procurer des femmes, les plébéiens avaient entevé les vierges sabines, et parmi eux la loi du mariage était la conséquence terrible de ce fait primitif. La dot était inconciliable avec un tel ordre de choses. Elle a donc pris naissance dans le mariage des patriciens, qui laissait à la femme une certaine liberté et n'entraînait pas la confusion du patrimoine des époux.

L'auteur explique l'importance de la dot et les garanties dont elle fut environnée à Rome par la nécessité de faciliter les mariages qui donnaient des enfants à la république.

Il indique les diverses dénominations données à la dot selon

la personne qui l'avait constituée. Il montre l'utilité de ces distinctions qui, dans le cas de restitution de la dot, devenaient la source de règles différentes.

En vertu d'une loi célèbre portée sous Auguste, le père fut obligé de doter sa fille, l'aïeul sa petite-fille. Cette obligation fut même étendue à la mère. Les guerres civiles et les proscriptions avaient diminué le nombre des citoyens, les mœurs étaient corrompues, il fallait à tout prix favoriser les mariages. L'auteur explique très-bien cette loi spéciale par la nécessité politique. Mais, il faut l'avouer, elle compromettait la dignité des chefs de famille, elle devait provoquer des débats affligeants. Lorsque dans l'étude de la civilisation ancienne l'on rencontre des institutions qui offensent les lois sacrées de la nature, il faudrait protester dans l'intérêt du présent et de l'avenir. Les lois civiles ne sont pas des actes arbitraires, il y a une puissance supérieure au législateur humain, et quand il est conduit à méconnaître ses préceptes, c'est souvent une faute, c'est toujours un malheur.

Après avoir dit que la dot pouvait être constituée de trois manières, l'auteur rappelle que les empereurs Théodose et Valentinien supprimèrent toute différence entre la dot constituée sans solennité et la dot constituée en termes solennels et consacrés. « Ainsi, dit-il, disparut une distinction tout-à-fait inutile et qu'on ne peut expliquer que par l'amour des Romains pour les formalités ».

Il est à regretter que ces derniers termes laissent quelque doute sur la manière dont l'auteur apprécie les phases diverses de toute législation. L'amour des Romains pour les formalités ne fut pas un pur caprice, mais une nécessité logique. En effet, les premiers âges ne comprennent que des familles; le chef est tout à la fois roi, prêtre et juge. L'idée religieuse exerce un souverain empire; toute action est consacrée, et, selon la belle expression d'un historien illustre, la vie n'est pour ainsi dire qu'une suite d'actes muets de religion (1). Plus tard les familles forment les cités, et l'âge divin fait place à l'âge héroïque. Aux

(1) Michelet, Discours sur le système et la vie de Vico.
T. 3.

rites religieux succèdent alors les formalités civiles ; les formules sacramentelles, les symboles ; c'est seulement aux époques de civilisation que la doctrine s'épure et que l'application se simplifie. Telle est la grande loi qui régit l'humanité. Chose remarquable ! lorsqu'une nouvelle société commença avec le moyen-âge, on vit reparaitre les temps divins comme à l'origine des sociétés antiques. Les rois revêtirent les habits de diacre ; la croix surmonta leurs couronnes ; il y eut des guerres saintes ; la législation resta long-temps surchargée de principes barbares, de pratiques stériles ; peu à peu une seconde civilisation vint ramener l'équité dans les préceptes, la simplicité dans les formes.

Aimons les temps présents ; mais quand nous interrogeons les temps passés, soyons pleins de vénération pour la mystérieuse poésie des premiers âges. Scrutons les causes et cherchons sans cesse à découvrir les lois providentielles cachées sous les faits extérieurs. Au milieu des symboles oubliés, des usages délaissés, des solennités vieilles, il faut se recueillir comme parmi les tombeaux.

Après avoir retracé l'histoire du principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière, de la restitution de la dot, des biens paraphernaux et de la donation *propter nuptias*, l'auteur termine par quelques réflexions rapides destinées à faire ressortir l'influence exercée par le christianisme sur le mariage et la dotalité.

L'œuvre dont je viens de donner une idée bien sommaire atteste de savantes et consciencieuses recherches ; elle révèle un esprit prodigieusement net et judicieux. A la précision de la pensée se joint sans cesse la correction et une convenance parfaite de style.

L'auteur est M. Marie-Laurent-Joachim-Gustave Grimaud, né à Grenoble, licencié en droit de la faculté et avocat à la cour royale de cette ville.

M. Grimaud a le droit d'être fier de son succès. Plus heureux que d'autres dont le cœur nourrit des souvenirs amers, il peut l'offrir à son père et à sa mère. Que dans son légitime orgueil il entre de la reconnaissance. Le succès des fils s'explique, sans doute, par leurs efforts personnels et par les préceptes des maîtres, mais il s'explique bien mieux encore par les exhortations et la moralité des familles ».

La Revue profite de cette occasion pour recueillir les résultats du concours de 1841. Il lui en coûte d'exprimer cette année, comme l'année dernière, le regret de n'avoir point reçu les rapports des Facultés : sauf celui de Grenoble, dont on vient de lire un extrait, elle n'en connaît que les passages publiés dans le *Journal de l'Instruction publique*. Nous remercions M. Taulier de l'attention qu'il a eue de nous envoyer le sien. C'est de sa part un nouveau témoignage de la sympathie qu'il n'a cessé de témoigner à notre œuvre, et de l'appui qu'il lui prête.

Réduits aux documents imparfaits des Journaux, nous les reproduisons tels quels :

CAEN. — 1.^{er} Prix (médaillon d'or) : M. Hauttemment (Jules-Guillaume), de Caen.

POITIERS. — 1.^{er} Prix (médaillon d'or) : M. Arnault-Ménardière (Joseph-Charles). — 2.^e Prix (médaillon d'or) : M. Bourgnon-de-Layre (Antonin). — Mention honorable (médaillon de bronze) : M. Voix (Charles).

DIJON. — 1.^{er} Prix (médaillon d'or) : M. Versigny (Victor), de Gray (Haute-Saône). — 2.^e Prix (médaillon d'or) : M. Fondet (Hippolyte), de Pontoux (Saône-et-Loire). — Mention honorable : M. Roy, de Besançon.

STRASBOURG. — Un seul élève a osé aborder le sujet ; mais son mémoire, quoiqu'il ne soit pas entièrement dépourvu de mérite, n'a pas paru digne du prix. Ce sont les termes du rapport.

TOULOUSE. — Il en a été de même ; on n'a couronné aucune des dissertations présentées. La faculté a pensé, disait le rapporteur, M. Benech, que les épreuves déjà subies par les candidats, le délai qui leur est accordé pour l'élaboration de leur mémoire, la faculté qu'ils ont d'emprunter des matériaux aux ouvrages qui ont pris rang dans la science, tout contribue à porter la lice sur un terrain plus élevé et à rendre, par cela même, les juges plus exigeants ; que l'on soit enclin à l'indulgence pour une œuvre émanée de jeunes élèves faisant le premier essai de leur force, composant sous la surveillance de leurs maîtres, abandonnés à leur propre inspiration et resserrés dans le court espace de quelques heures, cela se comprend très-bien ; mais aucune de ces considérations ne se rencontre plus quand il s'agit des docteurs et des aspirants au doctorat. La faculté ne doit dès-lors accorder ses suffrages qu'à des productions sérieuses, consciencieusement méditées, riches de recherches scientifiques, et denotant, de la part de leurs auteurs, une capacité réelle. Il convient que le mérite de l'œuvre soit en rapport avec l'éclat de la rémunération.

On a vu, p. 79, qu'à Rennes il ne s'est présenté aucun concurrent.

Nous ne savons rien de Paris et d'Aix.

Pour compléter ce qui est relatif aux concours, nous publions comme nous l'avons fait l'année dernière (t. 2, p. 114), les questions du concours de 1842 :

PARIS. — Déterminer la condition civile des étrangers en France, dans l'ancien et le nouveau droit.

STRASBOURG. — Du droit d'asile et d'extradition en matière criminelle, sous le rapport du droit criminel français et du droit des gens.

AIX. — De l'autorité de la chose jugée dans les questions d'état, suivant les principes du droit romain et du droit français.

TOULOUSE. — Examen de la théorie des causes illicites dans les dispositions intéressées et à titre gratuit.

DIJON. — A quels caractères reconnaît-on aujourd'hui les droits réels? (En d'autres termes) Dans quel cas un droit concédé sur un immeuble peut-il être exercé contre les tiers détenteurs?

GRENOBLE. — Déterminer la nature et les véritables caractères des actions possessoires d'après notre droit français, et notamment de celles qui sont désignées sous le nom de *réintégration* et de *dénonciation de nouvel œuvre*. — Y a-t-il pour celles-ci des règles spéciales qui les fassent échapper à l'application des dispositions de l'art. 23 du Code de procédure civile, spécialement à la preuve de la possession annale?

POITIERS. — Exposer les voies d'exécution que le droit romain, notre ancien droit et notre législation actuelle permettent d'exercer sur la personne du débiteur, pour le forcer à remplir ses engagements.

CAEN. — De la réalité et de la personnalité des droits, suivant la législation actuelle.

RENNES. — De l'imputation et de la réduction en matière d'avancement d'hoirie, et autres donations. (V. ci-dessus p. 79.)

A. T. V.

Rennes, mars 1842.

EXAMEN DE L'OUVRAGE DE M. HEBERT,

DOYEN DES NOTAIRES DE ROUEN,

Sur les Modifications à introduire dans le Régime hypothécaire, et l'Établissement d'un système propre à justifier de la capacité civile de chaque contractant.

Si l'on trouve un moyen d'éclairer chaque citoyen sur l'état véritable de celui avec lequel il traite, disait M. de Treilhard en présentant le projet du titre des hypothèques au Corps Législatif (V. Fenet, tome 15, page 448), il faut s'empresse de le saisir; on aura alors tout ce que désire, tout ce que peut désirer la bonne foi des contractants, et, si la mauvaise foi s'en alarme, ce sera une preuve de plus en faveur de la mesure adoptée.

A l'époque où ces paroles étaient prononcées, on croyait que la loi nouvelle allait réaliser toutes les réformes utiles, et que le moyen réclamé par M. Treilhard était enfin découvert. L'expérience a bientôt signalé les vices du système hypothécaire du code, comme elle avait fait voir ceux de la législation de brumaire. La loi sur les hypothèques est encore à créer en France, et, malgré les travaux des jurisconsultes modernes, on n'a point trouvé la solution de ce grave problème : *Concilier le crédit le plus étendu avec la plus grande sûreté.*

Au moment où un projet de loi s'élabore sur cette matière si importante, où tous les grands corps du royaume sont conviés,

T. 3.

par une circulaire récente de M. le garde-des-sceaux, à fournir le tribut de leurs lumières pour la rédaction de ce projet, M. Hébert, doyen des notaires de Rouen, a cru devoir publier également le résultat de ses réflexions et de son expérience. Ce que cet auteur paraît avoir recherché surtout, c'est le point de vue pratique de la question. Bien que les mesures par lui proposées présentent au premier abord et doivent, ce nous semble, présenter beaucoup de difficultés dans l'exécution, M. Hébert croit pouvoir triompher de tous les obstacles, et, pour prouver nettement la possibilité d'appliquer son système dans son ensemble, il a, dans la dernière partie de son livre, présenté le spécimen complet des actes et des formalités que son plan de réforme nécessiterait.

Parmi les diverses mesures dont M. Hébert demande l'adoption, et dans l'examen desquelles nous ne pourrions entrer sans nous écarter des limites de cette notice, il en est deux qui forment comme la base de tout son système, et qui se recommandent plus particulièrement à l'attention du lecteur.

L'une de ces mesures est relative aux droits d'hypothèques légales;

L'autre se rapporte à l'établissement d'un vaste système, ayant pour but de porter à la connaissance des tiers tous les actes qui peuvent intéresser la capacité civile de celui avec lequel il traitent.

La première est entièrement neuve, l'autre, émise pour la première fois, il y a une quinzaine d'années, par M. De-courdemanche, avocat à la cour royale de Paris, avait été abandonnée bientôt par son auteur pour un autre système qui ne trouva pas de partisans. Reprise aujourd'hui par M. Hébert, qui se l'est réellement appropriée par tous les déve-

loppements qu'il lui a donnés, cette idée paraît ingénieuse dans son principe et féconde dans ses conséquences, et elle suffirait à elle seule pour mériter une mention toute particulière à l'ouvrage dont nous nous occupons.

Examinons d'abord ce qui est relatif aux hypothèques légales.

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, les femmes, les mineurs et les interdits n'avaient d'hypothèque légale qu'à la charge de l'inscription immédiate. Il résultait de là un double péril. Si l'hypothèque légale n'avait pas été inscrite, ce qui arrivait le plus souvent, la femme ou le mineur perdaient leur garantie, et, d'un autre côté, si l'inscription avait eu lieu, le mari ou le tuteur se trouvaient dans l'impossibilité d'aliéner utilement leurs immeubles, puisque l'existence même de cette inscription était un obstacle à ce que l'acquéreur se libérât de son prix.

La dispense d'inscription accordée par le code civil aux créanciers à hypothèques légales ne fit disparaître ces dangers que pour ouvrir la porte à de nouveaux abus; sous le code, l'existence de l'hypothèque légale n'étant pas révélée par une inscription, le prêteur manque des éléments nécessaires pour se renseigner sur la position hypothécaire de celui avec lequel il traite, et il peut être ruiné s'il a affaire à un homme de mauvaise foi.

Frappé de ces inconvénients, M. Hébert a cherché un moyen qui, tout en conservant aux femmes et aux mineurs le bénéfice de la loi actuelle, assurât cependant aux tiers une garantie semblable à celle que leur accordait la législation de l'an VII. Exiger l'inscription de l'hypothèque légale, c'eût été retomber dans les difficultés que présentait cette dernière loi, et M. Hébert a eu garde de s'y exposer. Tout

son système consiste non plus à *inscrire*, mais à *indiquer* l'hypothèque légale. En d'autres termes, et pour nous servir des expressions de l'auteur lui-même, ce ne serait plus un *bordereau d'inscription* qui serait remis au conservateur, quant à ce qui concerne les droits d'hypothèque légale, ce serait un *bordereau d'indication*.

Quel sera l'effet de cette indication ?

Comme son nom même le prouve, elle n'a pas et ne peut avoir la valeur de l'inscription actuelle; son but est seulement d'*indiquer* aux tiers qui contractent avec un mari ou avec un tuteur, la position réelle de celui avec lequel ils traitent et les hypothèques légales qui peuvent le grever. Si maintenant les immeubles sur lesquels frappent ces hypothèques viennent à être vendus, et que l'acquéreur fasse la purge, l'indication ne suffira pas pour conserver l'hypothèque légale contre le nouveau possesseur, mais elle devra, dans les deux mois de la notification prescrite par l'art. 2194 du code civil, être remplacée par une inscription régulière. Si ces deux mois expirent sans que l'inscription soit prise, l'inscription sera comme non avenue, et l'immeuble restera libre dans la main de l'acquéreur; si, au contraire, l'hypothèque est inscrite, l'indication devra encore être rayée, parce qu'elle aura produit son effet quant à l'immeuble, et l'acquéreur devra se conformer aux dispositions de l'art. 2196 du code civil, comme si l'hypothèque avait été tout d'abord inscrite sans être précédée de l'indication.

Jusqu'ici ce système est simple, facile à suivre, et il présente ce double avantage de porter à la connaissance des tiers l'existence de l'hypothèque légale, sans néanmoins en rendre l'inscription obligatoire, et d'indiquer aux acquéreurs les femmes ou les subrogés-tuteurs auxquels ils doivent notifier leurs contrats.

Mais une difficulté se présente : par qui sera faite cette indication ? Si on la laisse aux soins des maris, des tuteurs, des parents, des procureurs du roi, de toutes ces personnes, enfin que le code civil appelle à veiller sur les intérêts des mineurs et des femmes, l'indication de l'hypothèque légale ne sera pas plus faite que ne l'est aujourd'hui l'inscription.

Pour échapper à ces inconvénients, M. Hebert propose de remettre aux officiers ministériels le soin de requérir cette indication.

« Voici, dit-il, quel est notre plan : nous chargeons le notaire qui reçoit une vente, une quittance, une obligation, une donation, en un mot un acte quelconque par lequel une femme ou un mineur peuvent acquérir l'hypothèque légale, de déposer aux mains du conservateur un bordereau d'indication de cette hypothèque, afin que les tiers en soient légalement instruits.

» Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'une succession, et que cette succession soit recueillie par trois héritiers, un fils, une fille mariée et un petit-fils mineur.

» Les scellés sont apposés, l'inventaire est commencé; dans les dix jours de l'intitulé, le notaire sera tenu de déposer au bureau des hypothèques un bordereau *indiquant* que la fille du défunt a acquis contre son mari un droit d'hypothèque légale pour une somme indéterminée, formant sa part indivise dans la succession de son père; le mobilier est vendu, les capitaux sont recouvrés, la part de la femme est touchée par le mari; mais cette part est garantie soit par l'effet de l'hypothèque légale, laquelle est déjà indiquée d'une manière indéterminée, soit par les déclarations successives faites par les officiers ministériels qui ont procédé. — Puis vient la vente des immeubles; le prix est touché par le

mari, du consentement de la femme et sans aucun danger pour elle, puisqu'elle trouve dans son hypothèque, indiquée lors de la vente et de la quittance, une garantie qui ne peut lui échapper. — Enfin, la succession est réglée et liquidée, la part de la femme est déterminée; alors le notaire dépose un extrait de la liquidation aux mains du conservateur, et celui-ci mentionne en marge de l'indication par lui précédemment inscrite que « de la liquidation de la succession énoncée, il résulte que l'hypothèque légale de M.^{me}... » pour ce qui concerne cette succession, a été fixée et déterminée à la somme de..... »

» Inutile d'ajouter que les mêmes formalités sont remplies par le notaire quant aux droits du mineur contre son tuteur ».

Les notaires ne sont pas les seuls fonctionnaires que M. Hebert charge du soin de faire opérer l'indication.

« D'autres cas, dit-il, devront nécessiter le concours d'autres officiers publics.

» Supposons qu'une succession soit recueillie sans qu'il ait été fait d'inventaire; la vente du mobilier pourra être requise par la femme héritière et par le tuteur au nom de son pupille, le partage des immeubles pourra être poursuivi judiciairement ou par devant notaire; rien ne s'opposera donc à ce que l'indication soit faite par le commissaire-priseur ou par l'huissier qui aura vendu les meubles, comme par l'avoué qui aura poursuivi la licitation.

» Enfin, des droits d'hypothèque légale peuvent échoir à la femme ou au mineur, par suite de jugements ou arrêts, et, dans ce cas encore, le greffier du tribunal ou de la cour, ou l'avoué, devront dresser le bordereau d'indication ».

Ce système est-il bien praticable? comprend-il dans son

ensemble toutes les hypothèses si variées que le mouvement des faits peut produire?

Nous ne nous étendrons pas sur le délai dans lequel l'indication devra être faite; que le terme fixe de dix jours, sans augmentation à raison des distances, qui est proposé par l'auteur, soit ou non considéré comme suffisant, c'est là évidemment un point accessoire sur lequel il ne peut s'élever de discussion bien sérieuse.

Mais une difficulté plus grave paraît se présenter quant à l'efficacité des mesures proposées. On ne peut se dissimuler en fait que, dans un grand nombre de cas, des actes qui peuvent intéresser des mineurs et des femmes mariées sont faits amiablement entre les parties, sans l'intervention d'aucun officier public. Dans la pratique, combien de successions ne sont-elles pas recueillies sans qu'il soit dressé d'inventaire et procédé à une liquidation? combien de tutelles, surtout lorsqu'elles sont déferées au père ou à la mère, ne s'ouvrent-elles pas sans que l'on songe à faire nommer un subrogé-tuteur? Dans toutes ces hypothèses, qui fera l'indication de l'hypothèque légale? qui veillera à la conservation des droits de la femme et du mineur?

M. Hebert a bien prévu l'objection, et il y répond en proposant que le débiteur d'une succession ne puisse valablement se libérer envers la femme ou le mineur héritiers, s'il n'y a pas eu d'inventaire comprenant sa dette, qu'en retirant une quittance authentique; et par suite on trouverait ici l'officier public par le ministère duquel l'indication pourrait avoir lieu.

Ce sera, dira-t-on peut-être, écrire dans l'intérêt exclusif du notariat, et rendre très-souvent obligatoire pour les parties le ministère des notaires; mais cette objection ne

nous paraît pas fondée. On restera toujours libre comme aujourd'hui de ne pas faire d'inventaire; seulement le système de M. Hebert exigerait, pour la validité de la libération, l'existence d'un acte de notoriété dressé par le notaire ou par le juge de paix.

M. Hebert propose, en outre, que tout cohéritier qui procède au partage d'une succession intéressant une femme ou un mineur, soit à l'amiable, soit par simple acte sous seing-privé, sans avoir pris la précaution de faire dresser un inventaire ou un acte de notoriété, soit déclaré responsable envers la femme ou le mineur; de même, le défaut d'indication entraînerait la responsabilité du subrogé-tuteur, et ferait perdre au mari ses droits de survie sur les biens de sa femme. Enfin, le tuteur ne pourrait entrer en fonctions que du jour où un subrogé-tuteur aurait été nommé.

Que pourra-t-il résulter de là? L'intérêt des personnes chargées par la loi de faire opérer l'indication sera une garantie de l'accomplissement de cette mesure; et, d'un autre côté, le projet que nous examinons rentre en très-grande partie dans les termes mêmes de la loi actuelle, qui exige que dans toute tutelle il y ait un subrogé-tuteur, et que les subrogés-tuteurs, comme les maris, soient tenus d'inscrire l'hypothèque légale.

La question la plus délicate à trancher est de savoir si, en cas de non-indication, la femme ou le mineur perdront leur droit de préférence, et si l'officier ministériel sera responsable.

D'abord, au moyen des précautions nombreuses qui précèdent, il sera assez rare, ce nous semble, que cette indication ne soit pas opérée; des amendes légères, mais souvent répétées, tiendront en éveil l'attention des officiers

publics, et la surveillance apportée par les vérificateurs de l'enregistrement rendra le plus souvent ces omissions presqu'impossibles.

Mais, enfin, supposons qu'elles aient lieu, la femme devrait-elle en supporter les conséquences?

M. Hebert pense que ce serait chose juste, parce que, dit-il, la femme avait la possibilité de requérir elle-même l'indication de son hypothèque légale, et ce n'est pas trop exiger d'elle que de lui demander ce renseignement en faveur des tiers; mais elle aurait son recours contre l'officier ministériel qui aurait dû requérir l'indication à sa place.

Cette observation paraît assez grave quant à ce qui concerne la femme, mais pour les mineurs les mêmes raisons ne se rencontrent plus; ici il y a impossibilité absolue d'agir, et, si le tuteur ou le subrogé-tuteur commettent une omission ou une négligence, le mineur n'a pas les moyens de la réparer. Sans doute, la responsabilité de l'officier public, celle du tuteur et du subrogé-tuteur, pourront, jusqu'à un certain point, remédier aux conséquences d'un défaut d'indication; mais ces mesures sont-elles complètement suffisantes, et n'est-ce pas exposer parfois des mineurs à une perte possible?

Au reste, et telle paraît être sur ce point la pensée de l'auteur, ce serait au législateur à décider d'une manière générale sur qui devrait tomber, en définitive, la perte résultant du défaut d'indication. Suivant qu'on croirait devoir préférer l'intérêt des tiers ou celui des mineurs et des femmes, on ferait peser la responsabilité sur les uns ou sur les autres.

Une dernière objection doit être faite, et celle-ci n'est pas

la moins importante peut-être, parce qu'elle peut venir de la résistance des intérêts privés.

On pourra craindre qu'en confiant aux officiers ministériels le soin de requérir, sous peine d'amende et à charge de responsabilité envers les intéressés, l'indication des hypothèques légales, M. Hebert impose à ces officiers publics une tâche difficile, qui prendrait une grande partie de leur temps, et l'on opposera, sans doute, que c'est ajouter de nouveaux périls à la possession d'une propriété que la loi a entourée déjà de tant de dangers.

Mais ces raisons nous paraissent plus spécieuses que solides; l'objection de temps n'aura aucune gravité pour toutes les personnes qui voudront rechercher combien peu d'actes, dans une étude de notaire par exemple, pourront, dans l'espace d'un mois, donner lieu à des indications d'hypothèques légales. Comme l'observe l'auteur, les officiers ministériels peuvent préparer et signer leurs bordereaux d'indication, en même temps qu'ils reçoivent l'acte lui-même; et, au moyen des mesures proposées par M. Hebert pour faciliter l'envoi et le transport des bordereaux, aucune difficulté ne peut se présenter dans l'exécution. D'ailleurs, la question des offices a soulevé dans ces derniers temps des réclamations assez vives : on a mis en avant le mot de privilège, et quelques publicistes se sont même élevés contre une propriété consacrée cependant par la loi de 1816. Le moyen de mettre un terme à ces réclamations ne serait-il pas d'adopter le système proposé par M. Hebert, d'utiliser ainsi, dans un but d'intérêt général, le concours d'officiers publics que leur position fait intervenir dans toutes les transactions de la vie civile ?

On se demandera, sans doute, dans quel lieu devra se

faire l'indication des hypothèques légales. Si l'on s'en tient à l'état de choses établi par le code, cette indication devra nécessairement être requise dans tous les bureaux dans le ressort desquels le mari ou le tuteur posséderont des immeubles; mais on conçoit de suite la difficulté pratique qui résulterait de cette disposition. Comment se renseigner sur le lieu de la situation de ces immeubles ? Comment savoir si les tuteurs et maris acquièrent de nouvelles propriétés, et, par suite, combien d'omissions ou d'erreurs ne pourraient-elles pas se rencontrer ?

Aussi, dans la pensée de M. Hebert, le système d'indication qu'il propose est-il lié intimement à un projet de réforme plus vaste et dont les résultats seraient de la plus haute importance.

Cette seconde partie de l'ouvrage dont il nous reste à nous occuper se rapporte à l'établissement d'un *lieu fixe*, point central où seraient requises non seulement les indications et inscriptions d'hypothèques légales, mais où l'on inscrirait encore tous les faits et actes qui peuvent intéresser la capacité civile de chaque citoyen.

Ce lieu fixe est le *lieu de la naissance*. A ce lieu, qui forme un point de départ primitif et commun à tous les Français, M. Hebert fait *immatriculer* l'individu. Ce *lieu d'immatriculation* est en général invariable; il continue de subsister nonobstant tout changement de domicile ou de résidence, et ne peut être transporté d'une commune à une autre que par une déclaration inscrite au bureau des hypothèques du domicile nouveau.

On comprend de suite tous les avantages de ce système : trouver pour chaque individu, dans un endroit toujours facile à reconnaître, une espèce de livre ou de compte-

ouvert sur lequel sont inscrits successivement et par ordre tous les faits et actes qui se rapportent à sa personne ou à ses biens; suivre ainsi toutes les modifications qu'a pu éprouver sa capacité civile, et savoir d'une manière précise quel est l'homme avec qui l'on traite et quelles garanties il peut offrir, c'est là évidemment asseoir le crédit public sur les bases les plus larges, et donner les gages les plus certains de sécurité à la bonne foi des contractants.

Aussi la difficulté ne peut pas être dans le principe de la mesure proposée, mais seulement dans les moyens d'exécution.

L'application d'un projet aussi vaste est-elle possible? Peut-on immatriculer par numéro d'ordre, comme l'auteur le propose, les trente-cinq millions d'hommes qui peuplent la France?

A ces questions M. Hebert répond affirmativement, et, pour prouver la possibilité de ce qu'il avance, il entre dans les détails ingénieux et précis sur ce que l'on pourrait appeler la pratique de son système.

Ce système doit naturellement se diviser en deux parties :

L'une applicable à la *population future*, c'est-à-dire à tous ceux qui naîtraient à partir de la promulgation de la loi nouvelle;

L'autre, relative à la *population actuelle*, c'est-à-dire à toutes les personnes existantes à l'époque de cette promulgation.

Pour la *population future*, le travail paraît assez simple et facile.

La naissance est le point de départ et la base de l'immatricule; aussitôt que cette naissance a été constatée par l'officier de l'état civil, celui-ci adresse au conservateur des hypo-

thèques de l'arrondissement une copie en forme de l'acte qui la constate. Cet acte est inscrit sommairement par le conservateur sur un registre spécial pour chaque commune, et le numéro d'ordre qu'il a dû donner à cette inscription est par lui transmis au maire, qui le porte également sur un registre à ce destiné.

Le numéro d'ordre, donné régulièrement à la conservation des hypothèques, devient la propriété de l'individu auquel il a été assigné. Il forme son *immatricule* légale; il ne peut lui être retiré ni être donné à un autre qu'après que toute confusion devient matériellement impossible, c'est-à-dire après l'expiration d'une période de cent ans.

Voici donc le compte de l'individu, ouvert sur les registres de la conservation des hypothèques par l'inscription de sa naissance et par l'attribution qui lui a été faite d'un numéro d'ordre. A ce compte seront successivement portés tous les actes qui peuvent intéresser sa personne ou ses biens, là s'inscriront la tutelle, l'émancipation, le mariage, la séparation de corps et de biens, l'adoption, l'interdiction, la société, la faillite, etc., jusqu'au décès, dont l'acte civil, transmis par le maire au conservateur, de la même manière que l'avait été l'acte de naissance, vient arrêter et clore le compte de l'individu.

Quant au détail de l'inscription de tous les actes, M. Hebert a encore recours à l'intervention des officiers ministériels ou des chefs d'administration; la naissance, le mariage, le décès sont inscrits, ainsi qu'on a pu le remarquer déjà, par les soins des maires, chargés d'en donner avis aux conservateurs; la tutelle, l'émancipation s'inscrivent à la diligence du greffier du juge de paix; le contrat de mariage, par le ministère des notaires; la séparation de corps et de biens, par

celui des avoués et des greffiers des tribunaux civils; la société, la faillite, par des greffiers des tribunaux de commerce, etc., etc.

La difficulté est plus grave, quant à l'inscription de la population *actuelle*.

Ici, en effet, il n'y a pas de point de départ fixe, et commun auquel on puisse s'attacher pour donner au projet une unité complète et systématique, et l'on est nécessairement obligé, pour arriver à rendre générale l'application des mesures proposées, de recourir à des opérations nombreuses et qui varient suivant les personnes et les localités.

Quoi qu'il en soit, M. Hebert propose que tout Français, domicilié ou résidant dans une commune, soit tenu, pour pouvoir demeurer ou résider dans cette commune, de déclarer au maire, à toute réquisition, ses nom et prénoms, ceux de ses enfants, le lieu de sa naissance et celui où il veut avoir son domicile réel et par suite son immatricule. A mesure que cette espèce de recensement s'opérerait au moyen de ces déclarations individuelles, les feuilles en seraient déposées à la mairie de chaque commune, où elles seraient inscrites sur un registre *ad hoc*, et copie en serait remise, par les soins du maire, au conservateur des hypothèques de l'arrondissement.

A ce moyen, on parviendrait, après un laps de temps que l'auteur croit pouvoir porter à cinq ans pour les grandes villes, à faire le relevé complet de la population actuelle. En même temps, obligation serait imposée aux femmes, aux mineurs, aux tuteurs et aux maris, de faire procéder à l'indication des hypothèques légales existant à l'époque de la promulgation de la loi nouvelle; et, quant

à celles qui prendraient naissance plus tard, les officiers ministériels obligés de constater, en tête de tous les actes qu'ils recevraient, l'immatricule de la partie, auraient tous les éléments nécessaires pour requérir ces indications et ces inscriptions.

Telles sont, en résumé, les bases du système proposé par M. Hebert.

Nous l'avons déjà dit, la première et la plus grave objection qui sera élevée contre ce système sera inévitablement tirée des difficultés qu'il présente dans l'exécution.

Si on l'appliquait à un pays d'une étendue peu considérable, il ne paraît pas douteux qu'il pût facilement être mis en pratique, et son exécution amènerait presque immédiatement les résultats les plus avantageux; mais la difficulté semble plus grave si on veut l'appliquer sur une vaste échelle. Comment établir assez d'ordre et de régularité dans un aussi grand nombre d'écritures pour éviter toute confusion et toute erreur? N'est-ce pas imposer aux conservateurs un travail et une responsabilité énormes? Enfin les mesures mêmes qui sont proposées sont-elles suffisantes pour en assurer la complète exécution?

Pour nous, tout en reconnaissant ce que le projet de M. Hebert aurait de vraiment utile, nous hésitons à croire qu'il puisse être pleinement exécuté. Il nous semble difficile que, dans de grands centres de population tels que Lyon, Marseille, Bordeaux, par exemple, on puisse trouver le temps, les moyens nécessaires pour suivre sans confusion aucune la série d'opérations que nécessite ce projet. Comment procéderait-on à Paris, où, indépendamment des habitants domiciliés, l'auteur fait inscrire encore tous les

Français nés à l'étranger ou en mer? Nous sommes peu touchés de l'objection qui a été faite par quelques personnes, que l'établissement du système dont nous nous occupons pourrait blesser le secret des familles et révéler au public des faits qui doivent rester ignorés. Il serait facile d'éviter ces inconvénients dans la pratique, et il ne peut y avoir là une objection sérieuse. Mais en est-il de même de la difficulté de mettre à exécution ce système, et n'est-ce pas sous ce point de vue surtout qu'il peut être critiqué?

Toutefois, quelle que soit sur cette difficulté notre opinion personnelle, nous devons dire que l'ouvrage de M. Hebert, qui paraît fait principalement en vue de la pratique, contient sur tous ces points des détails du plus grand intérêt. M. Hebert ne s'est pas dissimulé que ce serait là l'objection sur laquelle on insisterait le plus, et il s'est proposé de prouver, par des documents précis et multipliés, combien elle est peu fondée. Nous ne pouvons le suivre dans l'examen de toute cette partie de son livre; mais nous croyons cependant devoir indiquer sommairement quelques-unes des observations par lui faites.

M. Hebert n'est effrayé ni par le grand nombre de registres qu'exigerait dans chaque conservation des hypothèques l'établissement de son système, ni par la multiplicité des inscriptions à effectuer par année; il pense qu'il est facile, à l'aide de quelques dispositions toutes matérielles, d'établir un ordre tel qu'aucune erreur ne soit à craindre; et, quant au chiffre des inscriptions, il évalue, au moyen des calculs approximatifs, que, dans chaque arrondissement, la moyenne de ces inscriptions ne sera pas fort élevée par année, ce qui permettrait de les effectuer sans peine et sans confusion.

Les mêmes observations s'appliquent quant au détail des inscriptions.

Au moyen de quelques dispositions nouvelles et d'une exécution facile, M. Hebert rend plus rigoureuse et plus étroite l'observation des formalités exigées par la loi pour le dressé des actes de naissance, afin qu'il se glisse dans ces actes, qui font comme la base de son système, le moins d'erreurs possible. En même temps, il en facilite l'envoi des maires aux conservateurs, et des conservateurs entr'eux, en leur accordant la franchise de port.

« Or, ajoute M. Hebert, pour quiconque sait avec quelle rapidité on peut rédiger un acte de naissance, et combien c'est chose facile, pour un conservateur, de transcrire sommairement cet acte et d'ouvrir un compte à l'individu qui y est désigné, il y aurait vraiment lieu d'être étonné que le temps entrât pour quelque chose dans les objections que notre système pourrait rencontrer.

» D'ailleurs, qui empêcherait d'accorder, conformément au décret du 20 juillet 1807, 30 centimes au secrétaire de la mairie pour l'indemniser de la peine de relever la copie de l'acte de naissance que le maire doit transmettre au conservateur? Qui empêcherait d'accorder 50 centimes à ce dernier pour salaire de chaque inscription, et enfin 30 centimes au greffier du tribunal, lorsque l'acte de naissance serait transmis par ses soins?

» Cette somme de 80 centimes ou de 1 fr. 10 centimes serait à la charge des communes; et il n'y aurait pas lieu non plus d'argumenter de la dépense qu'elle occasionnerait. Car, en prenant pour base le chiffre des naissances, mariages et décès, qui ont eu lieu dans l'arrondissement de Rouen pendant l'année 1834, par exemple, on trouve

» un chiffre d'environ 5,000 fr. pour la ville de Rouen,
 » et pour chacune des communes rurales une moyenne
 » d'une trentaine de francs seulement. »

Un dernier point demande quelques explications.

Nous avons dit que, dans le système de M. Hebert, le lieu d'immatriculation, qui est de droit au lieu de la naissance, subsiste malgré tout changement de domicile ou de résidence. M. Hebert admet cependant que l'immatricule et le domicile pourront être également changés si la partie le désire. A quelles conditions ce changement pourra-t-il s'effectuer ? à la charge, par le requérant, de faire, au bureau des hypothèques de l'arrondissement dans lequel il veut fixer son domicile, une déclaration expresse. Cette déclaration serait adressée, par le conservateur du nouveau lieu d'immatricule, au conservateur de l'ancien domicile ; ce dernier transmettrait alors à son collègue le compte du réclamant, et, la transcription de ce compte une fois opérée par le conservateur sur ses registres, il serait délivré à la partie un certificat constatant sa nouvelle immatricule.

Au moyen de ces précautions, aucune fraude n'est à craindre ; car, avant de contracter avec un individu ou avant de lui délivrer des fonds, on exigera de lui un certificat constatant qu'il n'a pas fait de déclaration pour obtenir son changement d'immatricule. Si cette déclaration n'a pas été faite, aucun danger n'est possible ; si elle a eu lieu, au contraire, le tiers, en s'adressant au bureau de la première immatricule, sera renvoyé au bureau de la deuxième, et ainsi de suite ; et si toutes les formalités nécessaires à la régularité du changement n'ont pas encore été accomplies, ce tiers, sachant qu'il n'y aura pour lui de garantie que du jour de l'inscription au bureau

du lieu de la dernière immatricule, attendra pour contracter que les délais soient expirés.

D'ailleurs, ces déclarations de changement devront être fort rares, puisqu'il serait permis, quelle que fût la résidence, de conserver son immatricule à son domicile d'origine, et des peines sévères seraient, en outre, prononcées contre tout individu qui, à l'aide d'une fausse déclaration de changement d'immatricule, aurait cherché à tromper les tiers.

Nous n'insisterons pas davantage sur une discussion qui nous ferait sortir des bornes de cet article ; nous ne pouvons cependant, avant de quitter la plume, résister au désir de signaler à l'attention du lecteur quelques-uns des résultats qu'amènerait, tant dans l'ordre civil que dans l'ordre administratif, l'application de ce vaste système :

« Au moyen de l'immatricule donnée à tout citoyen
 » français, dit M. Hebert, p. 143, on arriverait naturellement à connaître la population réelle avec exactitude ; la fortune immobilière de chacun serait établie d'une manière certaine, les hypothèques légales seraient connues indépendamment de l'inscription, la capacité ou l'incapacité de tout citoyen serait constatée, les droits électoraux seraient établis et le cens de chacun serait exactement connu ; toute succession serait à l'avenir dévolue à ceux qui y auraient droit, sans aucune difficulté dans les recherches ; aucune mutation par décès ne pourrait être omise au préjudice du fisc, aucune fraude ne serait plus possible vis-à-vis du trésor pour les inscriptions de rentes sur l'Etat, ni pour le retrait des sommes consignées ; en matière de recrutement militaire, il y aurait impossibilité pour les jeunes conscrits, soit de se dispenser de se faire comprendre sur la liste du recensement, soit de se servir d'un acte de naissance

» applicable à un frère décédé; impossibilité aux agents
 » de remplacement de faire recevoir sous les drapeaux,
 » comme remplaçants, des individus non français, mariés,
 » veufs avec enfants, repris de justice ou vagabonds : il n'y
 » aurait plus de crime de bigamie possible; enfin, la sup-
 » pression d'état, au préjudice d'enfants légitimes, devien-
 » drait chose rare, tandis qu'aujourd'hui elle a souvent
 » lieu dans les familles pauvres, par la facilité que leur
 » présente l'exposition de leurs enfants à l'hospice et leur
 » dépôt dans un tour ».

Certes, un système qui promet des résultats semblables mérite une sérieuse attention; le projet de M. Hebert est neuf, il n'a encore été débattu ni à la tribune ni par la presse, mais il est de nature à appeler les méditations des publicistes et des jurisconsultes. Sans doute, tel qu'il est aujourd'hui, il peut présenter des difficultés réelles, et son application peut demander des modifications; mais M. Hebert, n'a pas la prétention de présenter un code complet sur la matière : il expose ses idées, il publie les réflexions que trente années d'expérience et de pratique notariales lui ont suggérées, son livre est le fruit d'études sérieuses, il est plein d'appréciations nouvelles et profondes, non seulement sur les divers points que nous avons discutés, mais encore sur d'autres questions qui ne se recommandent pas moins vivement à l'attention du législateur. Enfin, pour nous servir des expressions de M. Laferrière, parlant d'un projet semblable : « C'est une tentative qui pourra paraître » hardie, mais elle a été le résultat de longues réflexions.
 » C'est une thèse livrée à la controverse dans une ma-
 » tière si difficile, où chacun est redevable de sa pensée
 » d'amélioration ».

CUJAS ET TOULOUSE.

Documents nouveaux constatant que CUJAS n'a jamais échoué dans la dispute d'une régence de droit civil, à l'Université de Toulouse.

Il s'est élevé, il y a plus d'un siècle, dans le monde savant, une de ces controverses qui, par leur nature même, les noms auxquels elles se rattachent, et les intérêts qu'elles engagent, doivent avoir un long retentissement. Cette controverse est relative au point de savoir si Cujas fut repoussé en 1554 par l'université de Toulouse dans la dispute d'une régence de droit civil à laquelle Etienne Forcadel fut nommé. L'immense réputation de Cujas, considéré comme un des premiers jurisconsultes que le monde civilisé ait jamais produits, mise en regard du mérite si inférieur de son prétendu vainqueur, les souvenirs si divers qu'évoque une polémique qui place son foyer dans le cœur même de ce seizième siècle si fécond en hommes illustres, si plein d'animation, agité par tant d'orages, sur l'horison duquel l'aurore des guerres de religion s'était levée plus sanglante encore que par le passé, ont nécessairement agrandi le débat. Puis, le nombre des biographes et des écrivains qui ont attesté l'échec que Cujas aurait subi, enfin l'énergique dénégation de la ville de Toulouse et de son Université qui ont constamment protesté contre ces accusations, ont fini par imprimer à cette lutte, à la fois littéraire et scientifique, un de ces caractères qui attachent vivement l'esprit. — L'institution des disputes

publiques des régences de droit de l'Université déjà consacrée par une expérience de six cents ans, s'est trouvée, par la force même des choses, engagée dans le litige. Les hommes ne peuvent juger les institutions que par les résultats qu'elles produisent, et s'il était vrai que celle dont nous parlons eût été un jour complice du triomphe de Forcadel sur Cujas, elle aurait par cela même gravement compromis les titres les plus précieux qu'elle puisse invoquer.

Au commencement de notre siècle, l'Allemagne était encore tout émue du sort de ce mémorable différent, et le savant Haubold (1) absolvait, après un mûr examen, la ville natale de Cujas (2) du reproche qu'on lui adressait, tandis que plus récemment, c'est à dire en 1820, un des savants professeurs de la faculté de droit de Paris, membre de l'Institut, M. Berriat-St-Prix, reprenait l'accusation avec une vigueur nouvelle et appelait à son appui toutes les ressources de son incontestable érudition. Sa dissertation fut lue par lui à la société royale des antiquaires de France le 10 avril 1820. *La Thémis* la publia bientôt après dans son premier volume (3), et l'auteur l'inséra de son côté dans son *Histoire du droit Romain* (4). Cette dissertation est, sans aucun doute, ce qui a été dit de plus avancé sur la question. L'accusation, cette fois, a recruté toutes ses forces; elle a réuni, sous la plume de M. Berriat-Saint-Prix preuves et demi-preuves, présomptions et demi-présomptions.

(1) Instit. jur. litterar. 1809. Tome 1.^{er}, page 67, n.^o 65.

(2) Cujas est né à Toulouse en 1522; son père était foulon ou tondeur de draps.

(3) Page 213 et suiv.

(4) Page 482 et suiv.

La découverte fortuite d'un document nouveau que nous allons produire dans le procès suffit pour le juger. M. Belhomme, l'un des membres les plus distingués de l'académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse, conservateur des archives du Languedoc, est l'auteur de cette découverte (1). Elle consiste en un discours prononcé le 4 juillet 1598 par Vincent Cabot, recteur de l'Université et docteur régent de la faculté de droit, en présence du conseil général de l'hôtel-de-ville.

Pour mettre ce document en lumière et le relier convenablement au litige, il importe de rappeler d'une manière succincte les termes mêmes de ce litige et son état au moment où la découverte a eu lieu.

Dans le courant de l'année 1553, une régence de droit civil devint vacante à l'Université de Toulouse par suite de la renonciation de M. Arbeyrand-Fabry dit de Massabrat. Aux termes des statuts universitaires, il devait y être pourvu par la voie de la dispute. Martin Rossel, régent de droit canon dans la même Université, voulut permuter sans concourir, et il obtint des lettres patentes du roi qui lui accordèrent cette faveur. Mais l'Université se plaignit vivement de cette violation de ses privilèges; elle intervint devant le parlement qui, gardien de ses franchises, « ordonna, par » arrêt du 21 juin 1553, que, sans avoir égard auxdites » requêtes et lettres par ledit Rossel présentées et nonobs-

(1) M. Belhomme fouillait, en novembre 1841, dans les archives de l'hôtel-de-ville de Toulouse, pour rechercher les traces de lettres d'Henri IV, sur l'invitation de M. le ministre de l'instruction publique. Rencontrant sous ses yeux le nom de Cujas, il s'est arrêté et a lu. Il a fait part aussitôt de sa découverte à l'académie des sciences, dans la séance du 9 décembre 1841.

» tant chose par lui déduite, i-celui Rossel et autres prétendants à la régence de droit civil vacante par la renonciation de Arbeyrand-Fabry dit de Massabrat, seront tenus répondre et disputer publiquement en la manière ordonnée par autre arrêt donné le XVIII de mars 1543, comme aussi a été observé et gardé es autres régences qui ont vacqué depuis ledit arrêt, et ce fait, sera procédé à l'élection de celui qui sera trouvé le plus idoine comme le plus amplement audit arrêt est contenu. Et en outre pour certaines causes à ce mouvants ordonne que avant de bailler les points pour lesdites disputations publiques, ceux qui voudront répondre seront tenus lire en la prochaine dispute qui commencera à la fête Saint-Jehan prochaine (1) ».

En vertu de cet arrêt, la régence de Massabrat dut être donnée à la suite d'une dispute, dans la forme réglée par l'arrêt de règlement du 18 mars 1543 (2). Or, voici les dispositions de cet arrêt de règlement prononcé au sujet de la dispute de la régence devenue vacante par la nomination d'Arnaud Ferrier, le maître de Cujas, à une charge de conseiller au parlement.

« La Cour a ordonné et ordonne qu'avant de procéder à l'élection de ladite régence et autres qui vacqueront es dites Facultés, ceux qui voudront prétendre à l'état de promotion d'i-celles régences seront tenus après la vacation d'i-celles suivant aussi et déclarant autre arrêt pro-

(1) Arrêt inédit que M. Pelleport, conservateur de la bibliothèque du palais de la Cour et des archives du parlement, a bien voulu nous communiquer.

(2) Il y a erreur de date; l'arrêt est du 13 mars 1545.

» noncé le dixième jour de janvier 1515, faire répétition et disputation es écoles publiques, par trois jours sur la loi ou chapitre que par le chancelier de l'Université et commissaires, qui à ce par la Cour seront députés, leur sera à chacun et particulièrement assigné; et dans le temps que par i-ceux chancelier et commissaires sera préfix et ordonné. — Et seront les conclusions publiées... huit jours auparavant de la répétition et disputation susdite à laquelle seront présents et assistants trois à quatre des conseillers de la cour qui à ce seront commis et députés, ensemble les régents desdites facultés de droit canon et civil, lesquels régents et autres docteurs licenciés et bacheliers et écoliers seront admis et discrètement ouïs en leurs argumentations et disputations parachevées, sera par lesdits docteurs et régents d'i-celle Université en la présence et assistance desdits commissaires, procédé à l'élection d'i-celui des disputants et répondants trouvé le plus excellent en savoir, fécondité et subtilités des interprètes, et qui soit de bonnes mœurs et honnête conversation, etc. ».

C'était donc sous l'autorité du parlement que s'opérait la nomination aux régences devenues vacantes; c'était lui qui, en vertu de son droit de juridiction souveraine, statuait sur tous les incidents, et par le ministère de ses commissaires chargés de donner les points (ou matière) aux répondants, d'assister aux disputes et à l'élection, exerçait la plus haute influence sur cette élection.

Les députés du parlement assistaient à la dispute, mais ils n'avaient pas droit de suffrage. Les juges qui avaient droit de suffrage étaient tous les docteurs régents de l'Université, auxquels on adjoignait, sous le nom de con-

seillers de l'Université, quatre écoliers qui devaient être bacheliers, dont deux élus par les collégiens et les deux autres par l'Université elle-même (1).

La dispute de la régence vacante par la renonciation de Massabrat ne s'ouvrit pas à l'époque fixée par l'arrêt du 21 juin 1553, puisque ce ne fut que par arrêt du 29 mars 1554 que le parlement arrêta la liste des répondants qui sont au nombre de cinq, savoir : 1.^o Martin Rossel; 2.^o Etienne Forcadel; 3.^o Jacques Cujas; 4.^o Pomisson; 5.^o Decosta. Le même arrêt ordonne que les points leur seront baillés par les commissaires à ce députés.... en exécution des précédents arrêts de règlement.

Sans examiner pour le moment ce qui se passa après

(1) Ces usages dérivant des plus anciens statuts sont confirmés par deux arrêts du parlement de Toulouse, de 1470 et de 1474, dont nous avons trouvé le texte dans un manuscrit du XVI^e siècle, faisant partie des archives de notre faculté de droit. Ce manuscrit est le seul de ses titres anciens qu'elle possède; il est intitulé : *Statuta Universitatis Tolosanæ*.

Les mêmes usages étaient encore en vigueur en 1667, comme on peut le voir par le rapport que rédigèrent la même année MM. de Bezons, intendant du Languedoc, et d'Anglures de Bourlemont, archevêque de Toulouse, en vertu d'une délégation du roi, pour constater l'ancien état et l'état présent de l'Université, et proposer les réformes dont elle était susceptible. Ce manuscrit est déposé à la bibliothèque du clergé, n.^o 95-109. Il faisait partie de la collection dont M. l'abbé d'Hélyot a gratifié la bibliothèque.

D'après les arrêts du Parlement précités, les quatre écoliers étaient nommés conseillers par l'Université; mais, d'après le rapport des commissaires de 1667, qui paraissent s'occuper spécialement de ces conseillers, en ce qui concerne les disputes, deux étaient nommés par les collégiens.

cet arrêt, nous constatons comme un fait reconnu par tous ceux qui ont écrit sur la question et par M. Berriat-Saint-Prix lui-même, qui seul résume tous nos adversaires, que, dans l'automne de l'année 1554, Cujas enseignait à l'Université de Cahors, où il avait été appelé, et que, dans les derniers jours de cette même année, il était docteur régent à l'Université de Bourges, où il s'était rendu sur l'invitation de L'Hôpital, chancelier de Marguerite de France.

Thaumas de la Thaumassière, qui a écrit dans le 17^e siècle l'histoire du Berry et donné la liste de tous les docteurs régents de l'Université de Bourges, dont il fait la biographie sommaire, inscrit Cujas sous l'année 1554. M. Berriat-Saint-Prix conteste, il est vrai, cette date qui serait peu vraisemblable si le premier jour de l'an avait alors été fixé, comme aujourd'hui, au premier janvier. On concevrait assez difficilement, en effet, bien que la chose ne fût pas pourtant impossible, que dans, l'espace de deux mois environ, Cujas eût enseigné à Cahors et fût installé à Bourges. Mais l'année ne commençait alors que le lendemain de Pâques; on peut donc très-bien concilier le départ de Cujas en octobre ou novembre 1554, et son installation à Bourges avant la fin de cette même année (1). M. Berriat Saint-Prix, invoquant une lettre de L'Hôpital écrite au conseil municipal de la ville de Bourges, transporte dans le courant de 1555 l'arrivée de Cujas dans cette ville; mais cette différence dans les dates n'est d'aucune importance, comme on le verra bientôt.

D'un autre côté, il est tout aussi certain qu'Etienne For-

(1) Cette explication judicieuse est de M. Jammes. *Dissert.* p. 40.

cadet ne fut élu docteur régent à l'Université de Toulouse en remplacement de Massabrat qu'en 1556. MM. d'Hélyot et Jammes fixaient cette installation au 7 septembre; mais ici encore M. Berriat-Saint-Prix conteste, il veut que ce soit le 9 février de la même année. Nous verrons également que cette seconde dissidence est tout aussi indifférente que la première.

Constatons nettement, pour n'y pas revenir, ce fait capital que Forcadet ne fut élu à Toulouse que long-temps après le départ définitif de Cujas..., en empruntant le langage même de M. Berriat-Saint-Prix... « L'espèce d'abdication » de leur patrie à laquelle leurs dédains (il parle des juges » de la dispute) pouvaient entraîner le disciple d'Arnaud » Ferrier (Cujas) ne les toucha point; *et, deux ans après que » Cujas eût quitté sa ville natale (novembre 1554) pour » n'y jamais plus rentrer*, ils installèrent (9 février 1556), » dans la chaire qu'il avait sollicitée, Etienne Forcadet, que » Bodin avait ouvertement favorisé (1) ».

Cujas mourut à Bourges dans la soixante-huitième année de son âge, le 4 octobre 1590. Le premier qui ait écrit son éloge est Papyre Masson, avocat au Parlement de Paris. Dans cet éloge, qui suivit de fort près la mort de Cujas, se trouve la première édition de cette assertion que, dans la dispute de la régence dont nous avons parlé, Forcadet avait été indignement préféré à Cujas. Cette assertion est formulée dans les termes suivants, dont on remarquera l'inconvenance : *Verum malo quodam Tectosagum ingenio accidit, ut tibi in petitione cathedræ repulsam pateretur prælato Midæ auribus Apollini Marsya, id est Stephano Forcatulo, Biterensi, homine insulso, ad docendum minùs idoneo; quæ*

prima ei ac præcipua relinquendæ patriæ, ut ingratae causa fuit, Cadurcumque migrandi, mox Biturigas (1).

L'accusation, comme on le voit, est articulée d'une manière aussi nette qu'indécente... Un insensé, Etienne Forcadet, a obtenu la chaire au préjudice de Cujas; c'est Midas qui a conquis la palme d'Apollon. Cette injustice a été la cause *première et principale* qui a déterminé Cujas à désertir Toulouse, son ingrate patrie, et à se rendre à Cahors, pour aller bientôt après à Bourges.

Scévole Sainte-Marthe, qui était, à la fin du xvi.^e siècle, trésorier de France dans la généralité de Poitiers, reproduisit bientôt après la même imputation en des termes identiques. Il dit dans son éloge de Cujas : « *Tolosa ingrata patria, quæ » ad exorientem alumni lucem caligans, eum postulato » cathedræ honore turpissime repulerat (2) ».*

Pancirole, auteur étranger, accepta avec la même confiance le témoignage de Masson.

La ville de Toulouse, qui avait la conscience de tout ce qu'il y avait d'atroce dans cette calomnie, puisqu'elle possédait dans les registres du Parlement et de l'Université la preuve de la fausseté des imputations dirigées contre elle, dédaigna bien long-temps d'y répondre. Toutefois, en 1672 ou 1673, Bernard Médon, chargé d'écrire la vie de Guillaume Maran, docteur-régent de l'Université, pour la joindre aux œuvres de ce jurisconsulte, saisit cette occasion pour donner aux griefs articulés par Papyre Masson un démenti formel; et, parmi les preuves qu'il lui opposa, la principale était prise de ce que, *d'après les registres de l'Université,*

(1) *Œuvres de Cujas*, édit. Fabrot, 1, 7.

(2) *Eloges*, Lib. IV, Jac. Cujas, p. 109.

(1) Vie de Cujas, *Histoire du Droit romain*.

Cujas était absent de Toulouse à l'époque où eut lieu la dispute de la chaire adjugée à Forcadel, et de ce qu'il était par cela même physiquement impossible qu'il eût pris part à la dispute. Doujat répéta bientôt après la même protestation.

Aussi, lorsque la ville de Toulouse inaugura le buste de Cujas, qu'elle plaça dans la galerie de son Hôtel-de-Ville, elle inscrivit sous ce buste cette épigraphe, destinée à exprimer son culte pour lui et à protester en même temps contre les calomnies de Papyre Masson et de ses adeptes :

*Jacobus Cujacius. Cujus nomen plus laudis complectitur
quàm quælibet oratio potest.*

*Ab Academia Tolosana nunquam repulsam passus.
Quod monitos jubeo quos Papyrii*

*Massonis aut aliorum ab eo derivata calumnia in hanc
sententiam traxerit;*

*Sciantque omnes urbem nostram bonis et litteratis viris
semper favisse.*

Cependant les encyclopédistes, les auteurs de biographies des hommes illustres, les faiseurs de dictionnaires crurent devoir accueillir assez généralement les traditions qui leur vinrent des premiers biographes de Cujas. Il ne faut donc pas s'étonner si, vers la fin du dernier siècle, Toulouse crut devoir faire entendre de nouvelles et de plus énergiques protestations.

Cette ville comptait à cette époque au nombre de ses citoyens un prêtre dont le nom sera à jamais environné parmi nous de la vénération et de la reconnaissance publiques. Ce prêtre, c'était M. l'abbé d'Hélyot, savant modeste que des études consciencieuses appelèrent à la chaire des libertés de

l'église Gallicane, à la Faculté de théologie, et bientôt après à une place à l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres. Constamment animé des idées les plus généreuses, il légua tous ses biens aux pauvres et sa bibliothèque de 15000 volumes à la bibliothèque du clergé. Passionné pour la vérité, plein de dévouement et d'affection pour son pays, M. l'abbé d'Hélyot avait consacré une partie de ses veilles à des recherches scientifiques sur les origines de sa ville natale, sur les plus anciennes traditions de ses gloires et de ses illustrations. — Appelé ainsi par la nature même de ses travaux à mettre en relief le nom des hommes dont Toulouse retirait le plus d'honneur, il dut s'occuper d'une manière spéciale de Cujas, de son histoire, et là, rencontrant les récits injurieux et mensongers que les écrivains du xvi.^e siècle avaient mis en circulation, il s'indigna profondément et voulut aussitôt venger sa patrie de la tache que l'on s'obstinait à faire peser sur elle. Il composa à cet effet une dissertation qu'il lut à l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse, le 10 janvier 1771. Elle porte pour titre : *Réfutation du préjugé littéraire qui impute à Toulouse d'avoir donné à Forcadel la préférence sur Cujas, dans la nomination à une chaire de droit civil*, et fait partie du tome 1.^{er} des œuvres de cette Académie, qui furent publiées en 1782. Plus tard, c'est-à-dire en 1807, MM. Jammes, directeur de l'école spéciale de Droit de Toulouse, et Poitevin, des Jeux-Floraux, ont écrit, de leur côté, des dissertations dans le même sens.

Dans un sens tout contraire, M. Berriat Saint-Prix consacre la dissertation dont nous avons parlé à combattre vivement les dénégations des Toulousains formulées par MM. d'Hélyot, Poitevin et Jammes, et il y arrive à cette conséquence

que rien n'est plus solidement établi que l'affront qu'éprouva Cujas dans le refus de la régence à laquelle il aspirait.

Il invoque une série d'arguments et en conclut que Cujas « ne fut pas simplement négligé, mais qu'il éprouva un échec humiliant. Quelles en furent la nature et les circonstances? c'est ce qu'aucun document ne nous indique... » on est réduit sur ce point à former de pures conjectures... » et nous allons, mais avec défiance, proposer les nôtres. » Nous croyons d'abord certain, d'après ce que nous avons dit des manœuvres de Bodin, qu'il y eut plusieurs épreuves du concours pendant l'été de 1554. » Puis M. Berriat ajoute : « D'après ces diverses remarques, nous serions porté à présumer que, pendant quelques-unes des séances du concours qui auraient eu lieu.. pendant l'été de 1554.. » les juges, mus par les intrigues de Bodin, ou contrariés par les signes désapprobatifs de ses partisans, manifestèrent assez clairement leur opinion pour que Cujas ne pût douter qu'il échouerait, et qu'en conséquence il se décidât à abandonner le concours et accepter la chaire qu'on lui offrait à Cahors.

» Quoi qu'il en soit, que les choses se soient passées de cette façon ou de toute autre, il faut nécessairement supposer l'emploi d'une intrigue bien puissante ou bien adroite, pour qu'on ait pu se décider à écarter Cujas et à placer, au bout de peu de temps dans la chaire qu'il postulait, un homme qui, sous aucun rapport, ne pouvait lui être comparé (1) ».

M. Berriat Saint-Prix ne peut expliquer le départ de Cujas pour Cahors, que par « l'échec humiliant qu'il a subi.

(1) *Dissertation*, p. 508 et 509.

» Dès que Cujas abandonna pour toujours Toulouse, sept mois après l'ouverture du concours (1), et alla prendre une chaire à Cahors, il est bien ÉVIDENT qu'il avait au moins de fortes raisons de craindre un revers, car eût-il légèrement renoncé à sa patrie....., à ses propriétés, à sa famille et à ses amis, à une académie florissante, pour aller à Cahors, qui ne possédait aucun établissement qui pût être comparé à ceux de Toulouse? »

« Toutefois, l'auteur déclare s'écarter du jugement trop rigoureux porté par ses devanciers en ce qu'il fait peser sur la ville de Toulouse en masse, un reproche que méritèrent seulement les personnages qui prirent part aux intrigues par lesquelles Cujas fut écarté et dont la ville put être fort innocente (2). »

Ainsi, retenons-le bien, ce n'est plus Cujas qui est repoussé par un jugement formel, après avoir subi jusqu'au bout les épreuves de la dispute, *postulato honore cathedrae turpiter repulsam passus*, nous n'avons plus à combattre ces assertions primitives de la calomnie; c'est Cujas qui a pris part à quelques épreuves, dans l'été de 1554, et qui ayant reconnu à la physionomie des juges mus par les intrigues de BODIN ou entraînés par les signes désapprobatifs de ses partisans, qu'il échouerait, prit le parti de se retirer et d'accepter une chaire à Cahors.

L'exclusion de Cujas n'est plus le résultat d'un jugement; elle n'est plus formelle..... il ne s'agit plus que d'une exclusion tacite, d'un désistement forcé de Cujas.

(1) Ces expressions sont inexactes; il faut dire : sept mois après l'arrêt qui ordonna l'ouverture.

(2) *Dissertation*, p. 511.

Vous affirmez donc l'échec, sans en connaître les circonstances ! Vous êtes *PORTÉ seulement à les PRÉSUMER* ; car vous ne les présumez même pas !... Vous avez de *fortes raisons de croire* !... Ce que vous savez bien, ce dont vous êtes bien sûr, c'est que Cujas a éprouvé une criante injustice ; mais quand on vous demande quel en est le caractère, quelles en sont les circonstances, vous ne pouvez répondre que par de pures *conjectures*.... et ces conjectures vous ne les produisez qu'avec *défiance*.

Réduite à ces termes, l'imputation contre laquelle Toulouse a protesté était assurément ruinée d'avance ; mais voici le document nouveau qui lui porte le dernier coup et vient détruire toutes les présomptions vers lesquelles incline M. Berriat S.^t-Prix. Il consiste, ainsi que nous l'avons déjà annoncé, en un discours prononcé le 4 juillet 1598, dans une assemblée du conseil général de la ville de Toulouse, par M. Cabot, docteur-régent et recteur de l'Université de Toulouse. Ce discours qui est inscrit tout entier dans le procès-verbal de la séance prouve que si Cujas a quitté Toulouse, c'est *parce que les régences de son Université n'étaient pas suffisamment gagées*. Voici le texte du procès-verbal et du discours que j'ai, sur l'indication de M. Belhomme, copiés moi-même et littéralement sur les registres des archives de l'hôtel-de-ville de Toulouse, registres qui sont en très-bon état de conservation : « *Libre XI, des délibérations des conseils, tant générales que particulières, arrêtées en la maison-de-ville de Tolose, en l'an mil nonante-huit.*

« Du quatrième juillet mil nonante-huit, dans le grand » consistoire de la maison-de-ville, pardevant tous MM. les » capitouls ».

Étaient, d'après les mêmes registres, capitouls pour cette année : 1.^o Pierre Andrieu, docteur et avocat en la Cour ; 2.^o Jean de Ferrières, docteur et avocat en la Cour ; 3.^o François Touzin ; 4.^o Jean Massourie, bourgeois ; 5.^o Augustin de Cabanac, docteur et avocat en la Cour ; 6.^o Jean de Gara, bourgeois ; 7.^o Michel Grégoire, docteur et avocat en la Cour ; 8.^o Louis de Souilhac, procureur au sénéchal.

» Assemblé le conseil général de ladite ville, auquel » étaient présents messire de Lestang, président, d'Assat, Sabatier, Caumels, conseillers en la Cour ; de Saint-Félix, avocat et procureur en icelle ; de Cavy, juge mage ; Vedely, Cadan et Cabot, docteurs régents, » plusieurs autres bourgeois et notables, desquels les » noms sont ici-bas écrits.

« Par M. Cabanac, capitoul, on été proposés trois points : » Le premier est relatif à un emprunt fait par le Roi à la ville, d'une somme de quinze mille écus, à titre de subvention pour les frais du siège d'Amiens. M. Cabanac propose à l'assemblée de délibérer qu'à cause de la disette des grains et du grand nombre de pauvres que la ville est obligée de nourrir et d'entretenir, sa Majesté sera suppliée de remettre ladite somme de quinze mille écus..... Le second point a trait à une imposition extraordinaire de 354 écus, qui aurait été frappée sur la ville par les états-généraux convoqués à Roan. Cette cotisation étant contraire aux immunités et privilèges de la ville, le capitoul propose de délibérer que la somme sera refusée ; que le syndic de la ville s'opposerait à ces fins et présenterait requête à la Cour.

Puis, M. Cabanac expose le troisième point en ces termes :

« A esté faiste verbalement une requeste par MM. les
 » docteurs régents, professeurs en droit civil et canon,
 » en l'Université de ceste ville, disant qu'ils n'ont aucun
 » estat assuré de leurs gaiges comme par toutes les autres
 » villes de ce royaume, esquelles il y a Université,
 » mesme à Bourges, Orléans, Angers, Poytiers, ils leur
 » ont depuis naguères assignés de gaiges sur ladite ville
 » et pays; et fraîchement en l'Université de Montpellier on
 » leur a assignés deux soulz sur le sel; d'ailleurs qu'il
 » est raisonnable puisque la ville et le pays resouevant
 » un très grand profict dicelle que eux qui en sont cause
 » soient salariés du pays et de la ville et que les gaiges
 » faicts par le roi Charles nufviesme sont réduits à rien sy
 » que quant il y a quelque régence vaquante quicelle de-
 » meure quatre ou cinq années vaquantes, sans que per-
 » sonne se présente pour les disputer de sorte qu'un
 » chacun peut juger comme ladicte Université s'en va du
 » tout en décadence et cest à cause du peu de gaiges
 » qu'ils ont que l'occasion qu'ils les auraient requis leur
 » vouloir iceux augmenter et leur en faire certain estat
 » assuré; et parce que en ce faict il est question d'aug-
 » mentation de gaiges qui ne peut estre faicte par les-
 » dicts sieurs ni mesmes par le conseil des bourgeois ne
 » pouvant augmenter les gaiges des officiers de séant
 » sans un conseil général ils l'auraient voulu faire en-
 » tendre à ceux pour y estre délibéré. Je pense qu'il y
 » a en effet deux choses remarquables: L'une la Cour
 » du parlement de Tholose, que, bien qu'elle soit la
 » seconde de France, néanmoins pour les doctes per-
 » sonnages desquels elle est composée, a obtenu le titre
 » de la première du royaume; l'autre l'Université qui est
 » non-seulement fameuse et renommée en ce royaume,

» mais en toute l'Europe par dessus les autres pour les
 » doctes hommes et scavants qui en sont sourtis; que à
 » présent elle ne pourra long-temps subsister sans ladite
 » augmentation, ce qui serait une grande perte, non-
 » seulement de cette ville, mais de tout le pays; c'est
 » pourquoi il plaira au conseil y vouloir délibérer après
 » avoir entendu lesdicts docteurs régents, assistant audict
 » conseil à cest effet ».

« Et après avoir été dit par M. Cabot, un desdicts
 » docteurs régents et recteur de l'Université, que le
 » bien et assurance de l'Estat gît principalement en la
 » conservation des Universités, lesquelles sont les sémi-
 » naires des grands et doctes personnages qui sont pro-
 » meus aux principales charges de ce royaume et parti-
 » culièrement que l'Université de Tholose a été toujours
 » par ci-devant la première de l'Europe, ceux qui ad-
 » mènent ce profict soient renommés par-dessus les autres
 » pour les hommes doctes et savants qui sont sortis d'elle.
 » Qu'à présent un chacun juge à l'œil la décadence et
 » la ruine d'icelle; les régences demeurant vacquantes
 » quatre ou cinq années, sans que personne se présente
 » pour les disputer ou apparaisse digne pour les accepter
 » et sans encore qu'on voye autour de la jeunesse ce
 » former à s'en rendre quelque jour digne d'où il advient
 » que l'on est contraint d'emprunter des docteurs régents
 » aux autres Universités où anciennement les autres en
 » venaient quérir en elle; et, quant aux docteurs régents
 » qui restent du présent, que plusieurs d'iceux, pour
 » entretenir leur famille, sont contraints de s'occuper aux
 » affaires et procès qui est qu'il ne s'acquittent si dili-
 » gemment de leurs charges qu'ils devraient; que tout
 » n'advient si non à faulte qu'il n'y a point de gaiges

» bien assignés pour les docteurs régents en droict pour
 » lesquels il parle comme étant ceux qui font valoir
 » l'Université et qui soutiennent les faits d'icelle; que
 » l'établissement des gaiges fait par le roi Charles neuf-
 » vième (1) est réduit à rien, Messeigneurs les arche-
 » vesques, évesques et preslats de ce ressort sur lesquels
 » ils sont assignés, plaidant tous les jours pour leurs
 » taxes et obtenant avocations au Conseil-d'Estat, comme
 » fraîchement monseigneur l'évesque de Castres leur aurait
 » donné assignation audict conseil (2); et quant aux mil
 » livres sur les esmandes et confiscations, sont à en rece-
 » voir le premier denier et de même la créance de deux
 » deniers sur le sel sur laquelle ils étaient assignés de
 » douze cents livres, se trouve avoir été incorporée pen-

(1) Nous rapporterons plus bas les lettres-patentes de ce prince relatives à l'établissement de ces gages.

(4) Cet évêque était Jean de Fossé. Il avait été taxé pour sa part à 40 livres par an; il refusa constamment de les payer. Il laissa saisir ses chevaux, forma opposition à la saisie et porta son opposition au Parlement. Il en fut débouté par arrêt du 26 janvier 1598. Le 20 juin de la même année, il présenta au conseil la requête en évocation dont parle le recteur Cabot. — Sur cette requête il intervint, le 22 mars 1599, un arrêté du roi en son conseil, qui renvoya le procès et les parties devant le Parlement de Toulouse. En vertu du renvoi, le Parlement rendit, le 2 juin 1601, un nouvel arrêt, par lequel il condamna de plus fort l'évêque à payer la rente. Une expédition imprimée des diverses décisions dont nous venons de parler se trouve annexée au manuscrit précité de la bibliothèque du clergé.

L'évêque de Castres ne fut pas le seul qui se montra récalcitrant. Les évêques d'Alby et de Rieux imitèrent plus tard son exemple, comme on peut le voir dans les mêmes expéditions prémentionnées.

» dant les troubles en tous les greniers. De cette charge,
 » comme il apprit par la response qu'en ont faite depuis
 » deux mois MM. les trésoriers généraux de France, du
 » bureau de Montpellier, transféré à Béziers, sur la re-
 » quête qui leur fut présentée par le scindic de l'Univer-
 » sité, pour le payement du courant de ladicte somme de
 » douze cents livres, et arrérages d'icelles; qu'en toutes
 » les Universités non-seulement étrangères, mais de ce
 » royaume, comme à Bourges, Orléans, Angers, Poytiers,
 » Bordeaux, Caors, il y a gaiges assignés sur la ville et
 » sur le pays aux docteurs régents d'icelle, et mesme à
 » Caen en Normandie, qui est une Université de peu de
 » renom; et quant à celles de cette province, l'Université
 » de Montpellier aurait fraîchement obtenu deux sols sur
 » le sel, et les collèges de Béziers et de Nismes recoivent
 » aussi presque pareilles libéralités qui sont assignées par
 » le pays; qu'il est raisonnable, puisque la ville et le
 » pays recoivent un profit très grand de l'Université,
 » que ceux qui admènent ce profit soient estipandés et
 » salariés du pays et de la ville; qu'il ne tient qu'à
 » quinze ou seize cents écus qui est peu veu le profit
 » qui revient à la ville de cent ou deux cent mille escuts
 » chaque an par le moyen d'icelle; qu'un grand cartier
 » de la ville demeurerait désert sans elle, lequel, à cause
 » d'icelle, contribuent aux charges de la ville; qu'il advien-
 » dra que l'Université se perdant comme elle ne peut long-
 » temps subsister, les habitants de cette ville seront con-
 » traints d'envoyer leurs enfants estudier aux autres Uni-
 » versités, et par ainsi outre cette incomodité qui n'est pas
 » petite, il adviendra aussi que les autres villes de ce
 » royaume doneront loi à cette ville, lesquelles le recoi-

» vaient d'elle; que le moyen de pourvoir aux recepteurs
 » de bonnes lettres pour les jeunes enfants se perdra par
 » reillement; *qu'on se ressoviennne que deux des premiers*
 » *hommes de ce temps faisant profession de droit,*
 » *MM.^{es} Cujas et Grégoire, enfants de cette ville, ne se*
 » *sont arrêtés en cette Université pour le peu d'émolu-*
 » *ments,* et que l'un deux y étant régent, la quitta pour
 » aller au Pont-à-Mousson, Université de nouveau fondée
 » par le duc de Lorraine, où il avait mil escuts de gaiges;
 » que c'est principalement l'intérêt de la ville que quant à
 » ceux qui sont docteurs régents, ils n'y ont intérêt que
 » pour le temps qu'ils demeureront en charge, laquelle ils
 » quitteront quand il leur plaira; mais que la ville y a
 » notable intérêt pour le présent et pour l'advenir, d'au-
 » tant qu'il est sur qu'anciennement Thoulouse a été dicté
 » *Palladia* à cause de l'exercice des bonnes lettres et
 » sciences qui y estaient; que c'est à ceux qui ont main-
 » tenant l'administration de la ville de lui maintenir cet
 » honneur; qu'il n'y a autre moyen que celui qu'il leur a
 » ouvert, d'autant que quand on verra des gaiges bien
 » assignés la jeunesse s'efforcera d'estudier pour parvenir
 » à telles charges, lequel moyen il a estimé estre de sa
 » charge de leur ouvrir requérant un prompt remède et
 » estant notoire que les gens plus sages et prévoyants ont
 » jugée s'approcher peu à peu la ruine de cette Université.

« Et retirés lesdits Vedelly Cadan et Cabot et les opi-
 » nions demandées;

Sur les deux premiers points les propositions du capitoul
 Cabanac sont adoptées.

« Sur le troisième point a été arrêté qu'il n'y a lieu par
 » le présent d'aumantation des gaiges demandés par lesdits

» docteurs régents, mais qu'attendu que ce fait ne concerne
 » pas seulement ladite ville mais généralement tous les
 » pays de Languedoc se pourvoiront par requeste ou au-
 » trement aux premiers états-généraux qui se tiendront,
 » laquelle sera assistée des députés de cette ville néan-
 » moins que les cahiers d'i-ceux seront chargés en tant
 » que de besoin d'en poursuivre l'aumantation et le paye-
 » ment de ce qui peut leur estre due par le pays ».

Il était important de savoir si en exécution de cette
 délibération l'Université avait porté ses réclamations de-
 vant les états-généraux. Nous avons à ce sujet prié M.
 Belhomme de faire des recherches qui ont produit tous
 les résultats qu'on devait en attendre.

Voici, en effet, ce qu'on lit dans le procès-verbal des
 délibérations des Etats réunis, en 1598, à Pézenas (1):
 « Sur la remontrance faite par M. Cabot, docteur ré-
 » gent en l'Université de Toulouse, du peu de moiens que
 » les docteurs régens tant en droit canon que civil de
 » ladite Université ont pour leur salaire et entretien es-
 » tant les assignations qu'on aurait constituées pour leur
 » paiement toutes altérées attendu le grand profit qui ad-
 » vient non-seulement audit pais mais à tout le royaume
 » de ladite Université qui autrefois a esté des plus fa-
 » meuses et fleurissantes de l'Europe et qui est à craindre
 » que s'il n'y est proveu, les régens et professeurs de
 » ladite Université seront contraincts de quitter leurs char-
 » ges et fonctions. Resté arrêté que faisant le départe-
 » ment de la crue ordinaire pour les collèges dudict pais
 » il sera par les Estats proveu aux justes remonstrances

(1) Fol. 29.

» dudict Cabot au contentement de ladicte Université à
 » la charge que les docteurs régens estant en i-celle se-
 » ront priez de la part des Estats de vacquer plus assi-
 » duement et diligemment en leurs charges et faire que
 » par leurs diligences ladicte Université puisse estre re-
 » mise en son premier lustre et splendeur ».

Les demandes de l'Université furent donc accueillies; et dans les procès-verbaux des délibérations des Etats assemblés en 1599, à Carcassonne, on lit ce qui suit (1):

« M. Cabot l'ung des régens de l'Université de Toulouse a esté ouy dans les estats et i-ceux remercie
 » de ce qu'a esté accordé vingt-deux deniers pour les
 » gaiges des docteurs regens de ladicte Université en
 » toutes les facultés par la distribution qu'a esté faicte
 » sur le département de la crue de six sols accordés pour
 » les Universités et Collèges priant les Estats de croire
 » qu'ils apporteront tout ce que sera en eux pour s'ac-
 » quitter de leurs charges et rendre les escoliers assidus
 » aux lectures. Sur quoy les estats l'ont exorté d'y ap-
 » porter tout ce qui est leur devoir tant pour l'instruc-
 » tion des escoliers que pour les destourner des desbau-
 » ches et a esté arrêté que la Cour du parlement sera
 » suppliez d'y prouver par son autorité et MM. les ca-
 » pitouls de Tholouse ont esté aussi priez d'y prendre
 » garde visiter souvent ladicte Université des estudes ad-
 » monester chascun an les docteurs regens d'estre assidus
 » à leurs charges et chascun an devant aux estats en
 » faire le rapport à l'assemblée ».

Tel est le discours prononcé le 4 juillet 1598 par le

(1) Fol. 108.

recteur de l'Université Cabot; tels sont les résultats qu'il produisit.

Nous connaissons donc maintenant la véritable cause du départ de Cujas pour Cahors en 1554. *S'il ne s'est pas arrêté en cette université, c'est pour le peu d'émoluments.*

Il n'y a plus à opter maintenant entre des conjectures plus ou moins spécieuses, entre des versions plus ou moins vraisemblables; le voile est déchiré, la vérité brille de tout son éclat. M. D'Hélyot estimait que les intrigues de Rossel ayant empêché l'ouverture de la dispute, Cujas avait profité des offres de la ville de Cahors; selon M. Jammes (1), il avait dû être naturellement séduit par l'avantage qu'il trouvait à occuper, sans concours, à Cahors et à Bourges des régences qu'il ne pouvait obtenir à Toulouse que par la dispute. Ils se sont trompés l'un et l'autre, sinon sur le fond même de leurs opinions, qui sont au contraire définitivement et irrévocablement établies, du moins sur les motifs de la migration de Cujas à Cahors et à Bourges. Mais ce qu'il importe le plus de constater, c'est que le discours du recteur a confondu les calomnies de Papyre-Masson et de ses adeptes. En effet, s'il était vrai, comme ils le disent, comme l'écrivait encore M. Berriat-Saint-Prix en 1820, que Cujas n'avait quitté Toulouse que par suite de l'échec humiliant qu'il y aurait éprouvé *après avoir pris part à quelques épreuves de la dispute dans l'été de 1554*, le recteur Cabot aurait-il osé dire *que s'il ne s'était arrêté en cette université c'était pour le peu d'émoluments?....*

(1) Nous ne parlerons pas de la dissertation de M. Poitevin, car nous n'avons pu nous la procurer.

Ces deux causes sont manifestement exclusives l'une de l'autre.

D'un autre côté, voudrait-on élever le moindre doute sur la vérité et sur la sincérité des paroles du recteur ? Voyez comme toutes les circonstances s'enchaînent pour démontrer qu'il n'a pas pu se tromper lui-même et qu'il n'a voulu ni pu tromper les autres ! La qualité en laquelle il prononce son discours, l'époque à laquelle il le prononce, la confiance avec laquelle il parle, les faits qu'il précise, l'assemblée qui l'écoute, le but et l'ensemble de son discours, tout concourt à porter dans l'esprit la conviction la plus profonde.

La qualité en laquelle il parle. — Il est revêtu d'un caractère officiel ; il vient au nom de la Faculté de droit plaider sa cause et ses intérêts, supplier la ville de lui accorder une augmentation de gages ou d'émoluments, la conjurer de ne pas laisser plus long-temps tomber en ruines cette institution naguère si florissante, et qu'elle devait considérer à bon droit comme un des plus beaux diamants de sa couronne.

Recteur de l'Université, régent de droit civil à la Faculté de droit, il a nécessairement une connaissance parfaite et personnelle de tout ce qui s'est passé au sujet de la dispute de la régence que Forcadel avait obtenue ; les registres sont toujours sous sa main ; il est impossible qu'il se trompe. Si Cujas a été indignement sacrifié en 1554, il est impossible qu'il l'ignore. Son discours a été d'ailleurs, selon toutes les vraisemblances, délibéré par la Faculté, et chacune de ses paroles est l'expression des vœux et de l'opinion de la compagnie tout entière ; on voit qu'il est assisté de deux régents comme lui, Vedelly et Cadan.

L'époque à laquelle le discours a été prononcé. — C'est le 4 juillet 1598, huit ans seulement après la mort de Cujas, quarante-quatre ans après l'échec prétendu. Le nom de Cujas est dans toutes les bouches, son souvenir est dans tous les esprits et dans tous les cœurs ; partout il a reçu les honneurs de l'apothéose, à Toulouse surtout, sa ville natale, si fière de le compter au nombre de ses enfants, qui a si vivement regretté son absence, qui n'a jamais cessé de le rappeler depuis son départ, qui a suivi avec un intérêt plein d'orgueil toutes les phases de sa vie, et a pris la part la plus active à toutes ses douleurs comme à toutes ses gloires.

La confiance avec laquelle il parle. — Cabot sait bien que Cujas est présent à tous les esprits, qu'il s'adresse à ses contemporains (1), à des personnes qui l'ont connu, fréquenté, et qui connaissent tout ce qui s'est passé en 1554, le motif réel qui lui a fait abandonner Toulouse, et voilà pourquoi, notez-le bien, il fait un appel aux souvenirs de l'assemblée : *Qu'on se ressoviennne*, dit-il, *que deux des premiers hommes de l'époque, Cujas, etc.*

Il prend donc l'assemblée à témoin de ses paroles ; eût-il osé le faire si la cause véritable du départ de Cujas n'eût pas été notoire ?

Les faits qu'il précise. — Ce n'est pas seulement Cujas que le peu d'émoluments attachés aux régences a déterminé à quitter Toulouse ; Grégoire Dufaur a fait comme lui, et cela est arrivé en 1581 ou 1582 ; car nous trou-

(1) Les hommes âgés de 20 ans à l'époque de la prétendue dispute n'en avaient que 64 quand le discours de Cabot fut prononcé... Ils se rappelaient donc parfaitement tout ce qui s'était passé... à l'époque du départ de Cujas pour Cahors.

vons dans les registres du Parlement un arrêt du 26 novembre 1582 qui, vu la rareté à cette époque des hommes dignes d'enseigner, charge M. De Lacoste, conseiller en la Cour, d'occuper provisoirement la régence que la démission de Grégoire a laissée vacante; et l'arrêt constate explicitement qu'il s'est démis pour aller occuper une régence en Lorraine (1). Si le fait est incontestable en ce qui concerne Grégoire, comment donc serait-il douteux à l'égard de Cujas? Comment Cabot aurait-il ainsi lié ces deux noms et les aurait-il produits tous deux à titre d'exemple, si le départ de Grégoire et de Cujas avait été causé par des motifs si dissemblables?

L'assemblée devant laquelle Cabot a parlé. — Ce n'est pas devant le conseil ordinaire de la ville, mais bien dans un conseil-général; et dans ce conseil qu'y vois-je? un grand nombre de notables et de bourgeois, tous les capi-

(1) Arrêt inédit. Nous l'avons vérifié sur les registres.

Voici un extrait de cet arrêt du lundi 26 novembre 1582.

« Cejourd'hui délibérant sur ce qui est remontré par le sieur
 » Duranti premier président comme en ce parlement passé, étant
 » la Cour avertie par les gens de l'Université de Toulouse qu'une
 » des régences de la Faculté de droit canon en i-celle, que ci-
 » devant a été tenue par M. Grégoire avant d'être déclarée va-
 » cante par la démission d'icelui Grégoire, ayant accepté autre
 » régence au pays de Lorraine.... A cette cause et pour la ra-
 » reté des personnes dignes d'être employées aux régences de
 » ladite Université laquelle à cause *des troubles était devenue*
 » *en quelque décadence*, ne se pouvait remettre s'il n'y avait
 » récents de réputation et de savoir éminent, la Cour ayant
 » entendu que M. Gibert de Lacoste conseiller en cette Cour,
 » ... etc. »

Pour à ce pourvoir *et remettre en ladite Université en sa splendeur, etc.*

tous de l'année, et parmi ces capitouls je compte cinq docteurs et avocats au parlement, tous habitués par leur profession même à suivre le mouvement des événements universitaires; et j'y distingue encore Jean de Ferrières, descendant d'une longue lignée de jurisconsultes, habile jurisconsulte lui-même. Là siègent quatre membres du Parlement, et parmi ces membres je rencontre le président De Lestang, l'un des magistrats les plus renommés de son époque, auquel Henri IV avait voué l'estime la plus profonde; le conseiller Sabatier, héritier d'un nom cher depuis long-temps à la magistrature, qui eut lui-même l'insigne honneur d'être présenté en 1597, par sa compagnie, au nombre des candidats pour la charge de premier Président; le Procureur-général De Saint-Félix, issu d'une famille toulousaine, qui avant d'occuper ces éminentes fonctions, était entré au Parlement en 1566 avec le titre de conseiller, et qui par suite avait une connaissance personnelle de tout ce qui s'était passé en 1554. Ce serait donc en face des commissaires du Parlement que le recteur de l'Université serait venu inventer et produire un mensonge grossier sur la cause du départ de Cujas, c'est-à-dire en face des représentants de l'auguste aréopage qui avait, comme on l'a vu, la haute juridiction sur la dispute des régences, arrêtait la liste des répondants, donnait les points, assistait par ses délégués aux épreuves de la dispute et à l'élection!

Si jamais dispute avait dû répandre de l'éclat et surexciter vivement l'attention du Parlement, c'était sans doute celle qui aurait eu lieu en 1554. Le Parlement, en effet, avait résisté aux volontés du prince qui, par des lettres patentes, accordait par droit de permutation la régence à

Martin Rossel; l'arrêt précité du 21 juin 1553 avait refusé l'enregistrement de ces lettres patentes. D'autre part, la réputation de Cujas, l'échec si immérité qu'il aurait subi, toutes ces circonstances exceptionnelles devaient avoir un long retentissement et laisser dans le sein de la Cour d'ineffaçables souvenirs.

On ne pouvait donc espérer de donner le change à ses commissaires, alors surtout qu'à la tête de la compagnie se trouvait précisément Pierre Dufaur de Saint-Jory (1), qui était venu en 1554 étudier à Toulouse sous Cujas, et qui fut depuis le plus ardent de ses amis, avec lequel il ne cessa d'entretenir des relations intimes.

Cabot n'aurait-il pas craint par un tel mensonge de porter atteinte au caractère dont il était revêtu, à la dignité, et, nous pouvons même le dire, à la majesté de l'assemblée tout entière? N'aurait-il pas craint qu'à l'instant même où il attribuait le départ de Cujas au peu d'émoluments attachés aux régences de Toulouse, cette assemblée protestât contre le mensonge de l'Université?

Le but et l'ensemble du discours du recteur de l'Université. — Il ne s'agit ni de décerner un hommage public à la cendre de Cujas, ni de protester d'une manière indirecte contre les accusations de Papyre Masson, accusations qui étaient très-probablement encore inconnues à Toulouse. L'objet de l'assemblée, en ce qui concerne l'Université, est de délibérer sur une demande en augmentation de gages

(1) Il avait été nommé premier président en 1597, en remplacement de l'infortuné Duranti, après un interrègne de huit ans.

en faveur des docteurs régents de droit civil et de droit canon.

Les intérêts de l'Université ne sont même qu'un des objets de la réunion du conseil-général du 4 juillet 1598, puisqu'on l'a vu délibérer sur des objets de la plus haute importance, étrangers à l'Université, c'est-à-dire sur des emprunts qui ont été faits à la ville, par le roi, de la somme de 15,000 écus, et sur des cotisations extraordinaires de 354 écus, qui ont été imposées sur la ville par les Etats généraux réunis à Rouen. Tout cela ne prouve-t-il pas d'une manière décisive la sincérité des paroles du recteur Cabot?

L'Université se plaint de la parcimonie des habitants à son égard; elle déroule le tableau de ses souffrances et de ses misères, des nombreux obstacles qu'elle a rencontrés, et qu'elle rencontre tous les jours dans la jouissance des libéralités dont l'avaient dotée le clergé et le roi Charles IX.

La délibération du 4 juillet 1598 prouve elle-même combien le conseil-général était sévère quand il s'agissait des deniers de la communauté, et il était sévère parce que les temps étaient malheureux. Les troubles intérieurs, les guerres étrangères, les fléaux qui venaient périodiquement affliger la ville, aggravaient de plus en plus les charges publiques. — L'Université connaît les difficultés qu'elle va rencontrer; elle doit donc se ménager au moins la bienveillance des membres du conseil-général, ne rien négliger pour exciter leurs sympathies; et, au contraire, au lieu de chercher à les rendre favorables, elle fait tout ce qu'il faut, beaucoup plus qu'il n'en faut, pour les aigrir, les irriter et provoquer d'eux un vote négatif. En effet, admettez un instant que Cujas ait subi un échec humiliant

dans la prétendue dispute de 1554, à qui la faute? à qui l'odieux de cette iniquité? ce n'est pas à la ville? ce n'est pas elle qui était appelée à juger la dispute. La faute et tout l'odieux en reviennent nécessairement à l'Université, qui seule devait résister aux intrigues des ennemis de Cujas, les déjouer et couronner par l'élection le mérite de l'illustre répondant. L'Université est donc seule coupable; M. Berriat Saint-Prix l'a reconnu lui-même; il est impossible de le contester. Elle ne peut pas, en 1598, se faire illusion à ce sujet; entre Forcadel et Cujas, la distance était trop grande pour qu'il fût permis de tromper l'opinion publique. Forcadel est à peine connu; Cujas remplit le monde de l'immensité de son nom. — Sans doute la mort avait déjà probablement moissonné la plupart des membres qui auraient trempé dans cette injustice, qui en auraient été les auteurs ou les complices; mais n'est-il pas vrai qu'il y a dans les corporations comme dans les familles, un principe de solidarité qui fait peser sur les successeurs une partie des fautes commises par leurs devanciers? L'Université de 1598 avait donc à répondre de ce qu'avait fait l'Université de 1554. Elle a donc hérité de cette tache; elle est seule coupable, elle va se décharger indirectement sur la cité de l'odieux de son crime! Elle a condamné Cujas à s'exiler de sa ville natale par l'injustice sous laquelle il fut brisé, et elle vient dire à la ville, en la personne de tous ses dignitaires, que s'il est parti c'est parce que les régences de l'Université n'étaient pas suffisamment dotées! Elle dit aux habitants: vous n'avez jamais rien fait pour l'Université. Si vous eussiez été plus généreux, Cujas ne vous aurait jamais quittés. Vous avez à vous reprocher son départ. Non seule-

ment elle accusera la ville pour s'absoudre elle-même, mais elle fera de cette accusation le motif le plus saillant de ceux qu'elle articule pour le succès de sa demande en augmentation de revenus! Il faut convenir que l'habileté de son orateur aurait été en raison bien inverse de son audace. Appuyer une demande en augmentation d'émoluments sur une fable inventée à plaisir, c'était indigner tous les membres du conseil-général, c'était ruiner pour toujours le succès de cette réclamation. Mais enfin si cette faute a été commise, le conseil-général ne manquera pas du moins de protester dans sa délibération contre une responsabilité qu'on voudrait si mal à propos faire peser sur la ville. Et pourtant, loin de là, ce conseil reconnaît le mérite de la réclamation qui lui est adressée; il adhère par son silence aux motifs sur lesquels elle est fondée, et promet de la faire appuyer aux Etats généraux de la province; il confesse implicitement que la ville doit se reprocher d'avoir laissé partir Cujas.

Si les choses se sont passées comme on le dit, non seulement l'Université n'aurait pas donné le change sur la cause du départ de Cujas, alors surtout qu'elle ne pouvait pas espérer de le faire impunément; mais j'affirme qu'elle n'aurait pas osé prononcer son nom d'une manière officielle, car ce nom était pour elle un reproche; j'affirme surtout qu'elle n'aurait pas fait son éloge; qu'elle ne l'aurait pas déclaré *un des premiers hommes de l'époque*, et que par là elle n'aurait pas voulu consacrer elle-même l'injustice qu'il aurait subie.

BENECH,

Professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse.

OBSERVATION. — M. Berriat Saint-Prix a publié dans la *Revue française et étrangère* (1842, p. 328) une

lettre lue par l'honorable professeur à la Société royale des Antiquaires, et destinée à confirmer son opinion primitive.

La réponse de M. Berriat porte sur trois points principaux :

1.^o La chaire vacante à Toulouse en 1554 était disputée par cinq hommes du pays, dont un, déjà, professeur de droit canonique; comment concilier ce nombre de concurrents avec l'extrême modicité des émoluments que l'on suppose attachés à la chaire pour laquelle ils se résignaient à subir les épreuves longues et difficiles d'un concours?

2.^o Le poste que l'on suppose déserté par Cujas, à cause de la modicité des émoluments, était, au contraire, depuis long-temps recherché par lui, ainsi que le prouve le discours prononcé à Bourges le 22 septembre 1556;

3.^o L'assertion du recteur Cabot ne doit pas être écartée comme fausse, mais on doit l'appliquer à sa véritable époque. Cabot parlait en 1598; or le président Du Faur de Saint-Jorry avait proposé en 1578 à Cujas, son ancien maître, une chaire de droit civil devenue vacante à Toulouse; Cujas refusa par sa lettre du 25 mars, où il dit : « La ville de » Toulouse n'aurait garde de me loger et bailler les 2000 » liv. que j'ai ici (à Bourges). » — Cette lettre commence par les mots fort significatifs : *Quem presentem contempsitis, absentem requiretis*. C'est à ce refus de Cujas que l'on doit, selon M. Berriat Saint-Prix, rapporter la phrase du recteur Cabot : « Qu'on se ressoviennne que deux des premiers hommes de ce temps faisant profession de droit, » M.^{es} Cujas et Grégoire, enfants de cette ville, ne se sont » arrêtés en cette université pour le peu d'émoluments... »

Nous laisserons au lecteur le soin d'apprécier cette réponse, qui paraîtra sans doute mériter la sérieuse attention de l'auteur de l'opuscule *Cujas et Toulouse*.

Deux résultats nous paraissent précieux à recueillir de la discussion : 1.^o Cujas voulait éviter les chances et les lenteurs d'un concours, car il dit dans son discours de 1556 (*Revue étr.*, p. 337), qu'il fut admis dans le collège des professeurs publics par le choix du célèbre professeur en droit Fabre, qui l'avait désigné pour son successeur; cette nomination ne fut pas confirmée par le parlement de Toulouse; la chaire fut mise au concours par arrêt de 1554.

2.^o Cujas s'inscrivit pour la *dispute*, mais il se retira après les premiers mois, et long-temps avant la fin des épreuves; il accepta une chaire offerte, sans concours, d'abord à Cahors, puis à Bourges. La fameuse phrase qui fut dite à son départ de Toulouse, et qu'il rappelle encore 24 ans après, *vous regretterez absent, celui que vous avez dédaigné présent*, doit être rapportée non à un refus ou à un échec, mais à la décision du parlement qui n'avait pas ratifié le choix du professeur Fabre, et qui avait ordonné que la chaire, enlevée ainsi à Cujas, serait mise au concours, selon les formes ordinaires. Le parlement n'avait pas voulu faire fléchir les règles de l'université de Toulouse devant le mérite du jeune professeur : il n'avait pas *méprisé*, mais il avait *méconnu* le génie de Cujas. L'homme de génie qui a la conscience de lui-même et qui se voit méconnu, se regarde comme méprisé, et il s'indigne. Cujas, vengé par sa gloire, avait encore le cœur blessé au souvenir de l'arrêt de 1554 qui l'avait fait descendre de la chaire du savant Fabre. Cela nous paraît suffire pour expliquer sa conduite et ses écrits sur cet incident de sa vie.

F. LAFERRIÈRE.

DROIT PUBLIC. — ÉCONOMIE POLITIQUE.

LA QUESTION COLONIALE EN 1842,

Par M. Ad. GUÉROUT.

L'auteur de cet ouvrage conclut à la suppression du sucre indigène, avec indemnité. C'était la base du projet de loi annoncé au nom du gouvernement, et dont l'ajournement a provoqué de vives réclamations.

Une telle conclusion est grave dans ses effets. Ceux qui l'ont établie ne se sont pas préoccupés des principes de droit public qui s'y trouvent fortement engagés. La liberté de l'industrie est une des manifestations de la liberté individuelle; la Charte a consacré le principe de liberté individuelle, et il ne peut pas être permis d'y porter atteinte. Les lois de police peuvent et doivent empêcher une industrie dangereuse pour les citoyens, ou en réserver le monopole à l'Etat dans l'intérêt général; mais des lois de police doivent-elles intervenir pour régler les intérêts d'industries rivales, qui par elles-mêmes ne se proposent que d'augmenter la masse des produits territoriaux? La Charte permet l'expropriation pour cause d'utilité publique; les terrains compris dans l'expropriation sont alors incorporés au domaine public ou communal; la terre elle-même est enlevée aux propriétaires moyennant indemnité : dans la question du sucre indigène, les fabriques, le sol, les bâti-

ments ne seront pas incorporés au domaine de l'Etat; il n'y aura qu'un résultat, c'est la cessation d'une industrie; c'est l'interdiction d'une faculté industrielle, d'un acte, licite en soi, de la liberté de l'homme; c'est un mode d'exercice du droit de propriété qui sera paralysé dans la main du propriétaire, et non seulement du propriétaire actuel, mais des propriétaires futurs; c'est le droit du présent et de l'avenir qui sera frappé au nom de la loi. — Que l'on fasse abstraction, un instant, des intérêts qui sont liés de nos jours à la suppression de l'industrie nouvelle, et l'on sera tenté de se demander si une telle loi ne serait pas *inconstitutionnelle*. Je sais bien qu'il ne faut pas répéter le cri barbare *périssent les colonies plutôt qu'un principe*. Mais il ne faut pas cependant faire si bon marché des principes, qu'on ne paraisse même pas s'occuper de leur existence, de leur application, ou des *exceptions* possibles.

Nous reprocherons donc à ceux qui soutiennent en thèse la suppression d'une industrie, de passer sous silence une des plus graves difficultés de la question; et ce reproche, nous l'adressons à M. Guérout, qui n'a considéré que le point de vue économique. L'économie politique ne pourra prendre son rang véritable dans la science qu'en se mettant en rapport avec le droit. Autrement c'est la question de l'*utile* que l'on place avant la question du *juste* : et dans l'histoire de notre droit national, le *JUSTE* passe avant l'*UTILE*. — C'est à l'Angleterre qu'il faut laisser le mérite de faire prévaloir l'*utile* sur le *juste* : l'Angleterre a produit Bentham, son digne philosophe et publiciste; mais l'école de Bentham n'a plus en France que de rares partisans : le matérialisme, chassé de la philosophie, doit être repoussé avec non moins d'énergie par la science du droit qui, de

sa nature même, est antipathique aux doctrines de la philosophie matérialiste.—Cette réserve faite, nous allons rendre compte de l'ouvrage de M. Guérout, qui a eu pour objet la question coloniale par rapport aux INTÉRÊTS de la France; — ou, pour mieux dire, nous allons laisser ce soin à la plume élégante d'un ancien élève de l'Ecole Normale, que l'enseignement de la philosophie compte parmi ses organes les plus distingués.

F. L.

C'est un fait, selon M. Guérout, et l'histoire le confirme avec une trop grande évidence, que le déclin de la puissance coloniale de la France, descendue sous ce rapport au quatrième rang parmi les peuples de l'Europe. La France, à laquelle les traités de 1815 ont laissé la Martinique, la Guadeloupe, Bourbon, Cayenne, le Sénégal et quelques comptoirs de l'Inde, « possédait, il y a un siècle, en Amérique, le Canada » et la Louisiane, Saint-Domingue, la Guyane, depuis l'Océan jusqu'à l'Amazone, et la plupart des Antilles; en Afrique, l'île de France et toute la côte orientale de Madagascar; en Asie, presque tout le littoral de l'Inde ». Encore si nous utilisions, si nous entretenions les débris qui nous restent; mais, sans rappeler l'état d'abandon où nous laissons la Martinique, la baie de Fort-Royal, la Pointe-à-Pitre, l'île de Bourbon, croira-t-on que « nous possédons » à la Guyane française une colonie de cent vingt-cinq lieues de côtes, d'une profondeur inconnue, d'une fertilité incomparable, exempte de la fièvre jaune et des maladies épidémiques des Antilles, couverte de forêts magnifiques, propres à toutes les cultures des tropiques, arrosée de cours d'eau navigables, réunissant toutes les conditions

» géographiques d'un puissant empire, et que nous y laissons végéter une population de vingt-deux mille habitants, qui, livrés à eux-mêmes, sans crédit, sans industrie, sans excitation, seuls aux prises avec la végétation gigantesque et la nature absorbante des tropiques, sont obligés, pour mettre leur budget en équation, d'attendre chaque année de la métropole une aumône de quelques centaines de mille francs ? » Ajoutons cependant, à l'honneur du gouvernement, que cette question de la Guyane est en ce moment l'objet de ses sollicitudes; une commission vient tout récemment d'être nommée pour examiner le travail proposé sur cette grave matière par M. Jules Lechevalier. Cet économiste distingué a écrit sur la colonisation de la Guyane un rapport très-étendu, qui a obtenu l'adhésion d'un homme d'état éminent, de M. de Broglie.

Si l'opinion, qui se préoccupe vivement en ce moment de l'influence de la France, et des moyens de développer la richesse publique, a été si long-temps indifférente à l'abandon de nos possessions coloniales, il faut remonter par-delà la situation actuelle pour en rechercher la cause. Cette cause, M. Guérout la trouve dans l'influence des doctrines économiques de la restauration. J.-B. Say, esprit net et lucide, popularisa en France à cette époque les idées économiques de l'école anglaise, et en particulier d'Adam Smith. Le principe de sa Théorie était fort simple; il voyait en toute chose le bon marché, et, sans se soucier des intérêts politiques que ce bon marché pouvait compromettre, il établissait que : « de deux choses l'une, ou les colonies produisent à meilleur marché que l'étranger, et alors la production coloniale est inutile; ou elles produisent à des prix plus élevés, et alors le pacte colonial devient onéreux ». Or, comme les colonies

nous vendent le sucre 30 ou 40 pour cent plus cher que nous ne l'achèterions à Cuba et au Brésil, la conséquence de ce raisonnement était facile à déduire : il fallait abandonner les colonies. Le gouvernement eut la sagesse de résister à ces exigences.

Bientôt l'économie politique elle-même vint en aide aux résistances de l'Administration. M. De Sismondi n'eut pas de peine à démontrer que le bon marché n'est pas le seul intérêt des nations et le seul but de la politique industrielle; que la principe du bon marché, accepté dans toute la rigueur de son abstraction, conduirait au développement illimité des machines, qui remplaceraient partout les bras de l'homme par les forces de la nature; il fit voir aussi que cette liberté absolue des échanges aurait besoin de deux conditions préalables assez difficiles à obtenir, savoir : la paix universelle d'abord, et ensuite l'égalité agricole et industrielle de toutes les nations. « Tant qu'une guerre sera possible, dit M. Guéroult, quelle nation pourrait prudemment livrer à un allié » suspect son approvisionnement des denrées de première nécessité ? Pouvoir, d'un jour à l'autre, même au prix de » sacrifices immenses, interdire à une autre nation le pain, » la viande, le fer, ce serait exercer de fait la tyrannie la » plus épouvantable, ce serait disposer de la vie de tout un » peuple : aussi n'est-il pas de bon marché qui puisse jamais prévaloir sur ces considérations supérieures d'indépendance et de sécurité. » Dans l'ordre des choses humaines, et surtout en matière économique, la logique des principes absolus n'est pas admissible; la liberté absolue, la prohibition absolue, la protection limitée, l'élévation ou l'abaissement des tarifs, constituent non des principes, mais des moyens d'une bonté relative aux lieux, aux temps, aux

situations. On conçoit que l'Angleterre ait prêché la liberté absolue du commerce pour tous les articles où elle était assurée de sa supériorité sur les marchés industriels, supériorité qui s'était formée sous un régime de prohibition, indépendamment des matières premières que son sol lui fournit avec abondance; une pareille doctrine servait admirablement sa propagande mercantile. Mais la France, qui, sous l'Empire, avait décrété le blocus continental, se retrancha sous la Restauration, malgré les anathèmes de Say, derrière les droits protecteurs. Nous recueillons les fruits de cette politique sage et prévoyante : nos forces industrielles se sont affermies et développées; et le gouvernement, à l'heure qu'il est, peut sans danger, abaissant les barrières fiscales, faire entrer dans ses moyens d'action commerciale la diminution des droits, sur certains produits étrangers, à leur entrée dans notre territoire.

Les colonies étaient donc en défaveur, sous la restauration, auprès de beaucoup d'esprits et jusque dans les ports maritimes, qui voyaient, dans les possessions espagnoles affranchies, des débouchés immenses, au lieu des échanges si limités que la métropole pouvait attendre de ces flots sans importance, qu'on nomme la Martinique et la Guadeloupe. Maintenant les illusions se sont envolées; l'Amérique espagnole se débat encore dans les fureurs des guerres civiles, et, si elle figure d'une manière éclatante dans notre histoire contemporaine, c'est que la France a vengé sous les murs de Saint-Jean-d'Ulloa l'insulte faite à son nom.

Cet engouement si tristement trompé, le pressentiment du rôle industriel auquel l'Europe est appelée, cette substitution de plus en plus incessante de l'esprit commer-

cial à l'esprit de conquête et de guerre; ou, si l'on veut, cette guerre des tarifs succédant à la guerre des légions, et conséquemment la nécessité des mers et de quelques points dans l'Océan pour y abriter ses navires et y importer ses produits, ou enfin le spectacle tout récent, et qui se continue sous nos yeux, de ce que peut une puissance maritime pour maintenir ses droits en face des cabinets européens, tout cela a dû préparer les esprits à une étude sérieuse des intérêts qui se rattachent aux colonies.

Examinons donc les colonies avec l'auteur sous ce triple point de vue, leur rôle politique, leur valeur commerciale, leur utilité maritime.

M. Guérout, examinant le rôle *politique* des colonies, signale parfaitement les différences qui existent entre les colonies des anciens et celles des peuples modernes. C'était le plus souvent la proscription du parti vainqueur ou l'invasion des peuplades ennemies qui déterminait les émigrations dans l'antiquité; un peuple tout entier désertait son territoire et traversait les mers, emportant avec lui ses lois, ses usages et ses dieux. L'esprit d'aventure chez nos aïeux, et de nos jours l'accroissement de la population, la perturbation de l'industrie, la concurrence des machines, pousse les races européennes à s'expatrier. Ne pourrait-on pas demander encore si la grandeur du rôle politique des colonies ne vient pas de ce que, malgré les tristes résultats de la plupart de nos émigrations, qui sont décimées par la mort dans les forêts et dans les marais insalubres du Nouveau-Monde, malgré les travaux auxquels le gouvernement pourrait convier les populations sur les terres incultes de la France, les peuples, comme les individus, sont entraînés par le besoin de sor-

tir de leurs frontières, de visiter des régions inconnues; ne pourrait-on pas dire que c'est précisément ce besoin d'expansion dont parle l'auteur à la fin de son ouvrage qui fait la véritable valeur politique des colonies?

Quant à leur valeur *commerciale*, elle ne saurait être suspecte. L'habile économiste que nous avons déjà cité, M. Jules Lechevalier, dans ses *Renseignements sur les questions coloniales*, établit sans réplique qu'elles forment la réserve, l'élément constant du commerce extérieur, dont les relations avec l'étranger constituent l'élément variable. Il est démontré que nous faisons avec nos colonies à sucre cent trente millions d'affaires tous les ans, ce qui forme la quinzième partie de toute la masse de nos transactions.

On contestera moins encore leur utilité *maritime*, lorsqu'on saura que « quatre flots, comptant à peine 375,000 » habitants, dont plus des deux tiers esclaves, souffrants, » misérables, dénués des puissants encouragements accordés » par d'autres états à leurs colonies, occupent le quart de » la navigation que la France fait avec le monde entier ».

Les Etats-Unis, pourrait-on objecter, qui sont une grande puissance maritime, n'ont pas de colonies. — L'objection n'est pas fondée, car ce pays est divisé en deux régions, et l'une de ces régions est la colonie de l'autre : l'une, au sud, produit; l'autre, au nord, trafique, échange et exporte. Ensuite leur développement maritime tient, entre autres causes, au bas prix de leur navigation, qui s'explique lui-même par la hardiesse, l'esprit d'entreprise, et surtout par l'omission de ces précautions dispendieuses dont l'objet est d'assurer la vie, la santé de l'équipage; nous, au contraire, qui nous honorons à bon droit de mettre avant tout les intérêts d'humanité, qui veillons avec sollici-

tude au bien-être des matelots, nous sommes le peuple dont la navigation est le plus chère. Aussi, supprimer la part de notre navigation réservée, ou ne pas chercher à l'accroître, c'est supprimer ou condamner à une perpétuelle infériorité la marine marchande qui alimente notre marine militaire, réduire la France au rôle de puissance continentale, abdiquer la moitié de notre valeur politique, et nous fermer tout avenir de grandeur.

Ne nous étonnons donc pas que l'opinion publique commence enfin à s'enquérir avec intérêt des affaires coloniales, et que le gouvernement, qui doit satisfaire l'opinion, toutes les fois qu'elle n'est pas préoccupée d'un intérêt frivole ou égarée par la passion, ait nommé une commission chargée, sous la présidence de M. de Broglie, d'approfondir en particulier l'émancipation des Noirs, qui est, comme on le sait, arrêtée en principe, et d'examiner en général le régime politique des colonies. C'est à la suite des travaux de cette commission que l'administration supérieure a présenté, cette année, aux Chambres le projet de loi relatif au régime hypothécaire et à l'expropriation forcée dans les colonies de la Guadeloupe et de la Guyane. Ce même esprit de bienveillance et d'encouragement a accueilli le vaste travail de M. Jules Lechevalier, sur la colonisation de la Guyane.

L'ensemble des idées que nous venons de parcourir fait pressentir les vues pratiques de l'auteur, ou, pour mieux dire, ses conclusions dans la question dont ont été saisis tour à tour le Conseil général des manufactures, et le Conseil supérieur du commerce, et qui devait être soumise aux Chambres; je veux parler de la question des sucres. Qui veut la fin veut les moyens : M. Guérault conclut à l'abolition du sucre indigène, après indemnité.

Pourquoi cette solution radicale de la question ? L'auteur le dit : c'est que les colonies ne sont pas maîtresses de toutes leurs forces pour entrer dans la lutte contre l'industrie indigène, et que les souffrances de leur industrie, jusqu'aujourd'hui stationnaire, tiennent aux douleurs et aux infirmités de leur état social lui-même. M. Guérault signale ces trois causes principales : la mauvaise constitution de la propriété, l'existence de l'esclavage, les rapports qui unissent les colonies à la métropole.

L'écrivain jette une vive lumière, en peu de mots, sur ce triple sujet.

1.^o *La constitution de la propriété.*

« Les effets de la révolution de 89, qui ont assis en France » la constitution de la propriété et l'état des personnes » sur des bases nouvelles, ne se sont fait sentir aux colonies que par un mouvement désordonné d'émancipation qui les mit d'abord en péril, et qui, lorsqu'il s'arrêta, laissa la société coloniale précisément dans l'état où elle se trouvait auparavant ». Chez nous la propriété peut se liquider à chaque génération, et elle offre aux transactions un gage assuré; il n'en est pas de même dans les colonies, où le principe de la division du travail n'est pas encore établi : de là, nécessité de posséder à la fois la terre, l'homme qui la cultive, et les appareils de la fabrication. Il en résulte que, la propriété n'étant pas divisée, et la saisie immobilière n'ayant pas été introduite dans le code colonial, les terres se trouvent chargées d'hypothèques pour des sommes considérables. Ajoutez enfin à ces difficultés les habitudes somptueuses des colons, à la dépréciation des terrains, grevés souvent au-delà de leur valeur, la dépréciation des esclaves, qui ne peut qu'augmenter sous le coup prochain de l'émancipation.

2.^o Influence économique de l'esclavage.

L'esclavage pèse lourdement sur les colonies, il déshonore le travail de la terre dont il empêche la division, facilite l'insouciance, la paresse et la débauche, et arrête les progrès de la population noire. M. Guérault n'hésite pas à le flétrir, et il le fait en ces termes éloquents qu'on ne saura gré de reproduire : « L'esclavage n'est pas moins » réprouvé par la politique et par l'économie publique que » par la morale. Ce qui fait la force des nations, ce qui » entretient leur sève et leur activité, c'est le recrutement qui s'opère incessamment dans le peuple au profit » des classes supérieures. Cet effort constant, cette es- » pèce de gravitation des classes ouvrières vers les lu- » mières et l'aisance, [en élevant la base sociale, élève » la société tout entière ». En lisant ces belles paroles, animées de si nobles sentiments, on se prend à regretter que la plupart des publicistes qui ont pris de nos jours la défense des colonies, aient compromis leur cause en s'attachant surtout à justifier et à maintenir ce fait barbare de l'esclavage. M. Guérault s'est mieux inspiré des idées de la civilisation moderne, qui ne sont après tout, en cette matière, que l'application et le développement de la morale chrétienne.

3.^o Rapports qui unissent les colonies à la métropole.

« Tout l'ancien système colonial était dominé par ce » principe, que les colonies étaient instituées dans l'intérêt » exclusif de la métropole. C'est pour obéir à ce principe » que la législation française interdit aux planteurs de la » Martinique et de Bourbon le droit de raffiner leur sucre. » Ils feraient concurrence aux raffineurs de la métropole ». Or, n'y a-t-il pas là une révoltante servitude, et l'intérêt de

la France est-il de comprimer l'essor de l'industrie coloniale ou de la développer, d'appauvrir les colonies ou de fortifier leurs éléments de richesse ? N'y a-t-il pas là un véritable grief auquel la métropole doit une juste réparation, sous la réserve des ménagements légitimes qu'exigent les intérêts existants ?

On sait aussi que la France s'est réservé le monopole de l'approvisionnement de ses colonies. Mais dans ce régime commercial, tel qu'il avait été établi dès l'origine, le monopole était réciproque ; et si les colonies ne devaient recevoir que des navires français, des marchandises françaises, la France, en retour, ne devait chercher de sucre au dehors qu'après que les colonies auraient trouvé à se défaire dans nos ports de tous les produits de leur sol.

Ce contrat a cessé d'être observé par l'une des parties ; le système, bien ou mal conçu, n'est plus entier depuis que la betterave a envahi le marché français ; il y a *par le fait* rupture du pacte colonial. La France continue bien de se réserver le monopole du marché colonial, mais elle ferme aux colonies le monopole de son marché. Quelles que soient les nécessités qui ont amené une semblable situation, la seule chose à voir maintenant, c'est de quel côté est l'équité et sur qui pèsent les charges d'un engagement qui a cessé d'être réciproque.

Persévérer dans le système qui balancerait l'un par l'autre le produit de la canne et celui de la betterave, ce serait affamer les deux industries et arriver bientôt à la ruine des colonies.

Or, la ruine des colonies, dit l'auteur, « priverait notre » agriculture d'un débouché annuel de 15 à 18 millions ; » nos manufactures, de la vente de 40 à 45 millions de

» leurs produits; le trésor, d'un revenu annuel de 30 à 35 millions. Elle ferait perdre au commerce français, créancier des colons, tout espoir de rentrée dans ses avances. Elle laisserait sans emploi 8000 marins employés soit au transport des marchandises, soit à la pêche de la morue, et annihilerait la moitié de notre navigation au long cours, sans parler des conséquences politiques ».

M. Guérault expose ces conséquences dans les considérations sur le besoin d'expansion extérieure, qui terminent son ouvrage; c'est là qu'il développe, avec une remarquable facilité, signe évident de force et de jeunesse, la nécessité où est la France de tourner ses regards du côté de la mer, et qu'il montre la colonisation comme le moyen qui répond le mieux à l'esprit de notre siècle.

Ad. MOURIER,
Agrégé et professeur de philosophie.

CHRONIQUE.

CONCOURS DE 1841.

Distribution des prix aux étudiants de la Faculté de droit de Paris.

Doctorat.

Premier prix. — M. Pepin Lehalleur (Alexandre-Emile), né à Paris, le 27 mai 1817.

Second prix. — M. Capmas (Charles), né à Gourdon (Lot), le 17 septembre 1818; et M. Tillard (Léon), né à Bayeux (Calvados), le 14 juin 1813.

Mention honorable *ex æquo*. — M. Delage (Clément-Jean-Bruno-Gustave), né à Saint-Omer (Pas-de-Calais), le 3 juin 1817; M. François (Honoré-Jules), né à Sedan (Ardennes), le 11 juillet 1816; et M. Riant (Didier-Silvain-Joseph), né à Paris, le 19 octobre 1820.

Licence.

DROIT ROMAIN.

Premier prix. — M. Petit-Dufrénoy (Armand-Antoine-Léon), né à Paris, le 12 décembre 1819.

Second prix. — M. Colmet de Santerre (Edmond-Louis-Armand), né à Paris, le 26 janvier 1821.

Première mention. — M. Havret (Louis-Joseph), né à Vitry-le-Français (Marne), le 22 janvier 1816.

Deuxième mention. — M. Pietri (Joseph-Marie), né à Sartène (Corse), le 25 février 1820.

Troisième mention. — M. Fleury (Marie-Norbert-Léon), né à Nantes (Loire-Inférieure), le 16 novembre 1820.

DROIT FRANÇAIS.

Premier prix. — M. Petit-Dufrénoy (Armand-Antoine-Léon), né à Paris, le 12 décembre 1819.

Second prix. — M. Nettle (Benjamin), né à Metz (Moselle), le 23 juin 1820.

Première mention *ex æquo*. — M. Violle (Amable-Guil-laume), né à Clermont-Ferrand (Puy-de-Dôme), le 31 janvier 1818; et M. Colmet de Santerre (Edmond-Louis-Armand), né à Paris, le 26 janvier 1821.

Deuxième mention *ex æquo*. — M. Joliot (Jean-Pierre), né à Vienne (Isère), le 12 juillet 1820; et M. Havret (Louis-Joseph), né à Vitry-le-Français (Marne), le 22 janvier 1816.

La question pour le doctorat était celle-ci :

Théorie de l'emphytéose depuis son introduction dans le droit romain jusqu'à nos jours.

Voici comment M. Oudot, chargé du rapport sur le concours, a jugé la dissertation de M. Pepin Lehalleur :

« Tout dire en peu de mots, suivre l'histoire dans toutes les époques, le droit emphytéotique dans tous les points de comparaison; choisir avec la sagacité française dans les trésors de la patience allemande; marcher droit au but sans oublier une difficulté, sans se laisser prendre à aucun lieu commun, sans jamais dormir sur la foi des graves autorités; conduire ainsi le lecteur par un chemin large et sûr jusqu'au point élevé d'où le panorama de l'emphytéose s'étendra sous ses yeux : telles sont les qualités du travail encyclopédique qui a mérité le premier prix à M. Pepin Lehalleur ».

Quant à la composition de M. Petit-Dufrénoy, « nous avons, a dit M. Oudot, partagé l'étonnement de la faculté, en lisant ces pages, rédigées en six heures par M. Petit-Dufrénoy, où l'étendue du plan s'unit à l'exactitude des détails. Elles ont dû être bien ardentes, bien intenses, bien avares de loisir, les études de trois années qui ont ainsi condensé dans la pensée d'un jeune homme des notions si bien coordonnées, toutes prêtes à déborder sur le papier et à s'y ranger méthodiquement dans le temps à peine suffisant pour les écrire ».

Rennes, avril et mai 1842.

DE LA FAMILLE ET DE LA PROPRIÉTÉ GERMANIQUES. — ORIGINES FÉODALES.

Ce merveilleux ensemble d'institutions civiles et politiques que l'on appelle la féodalité, et qui, sous cette forme, a régi l'Europe pendant plus de mille ans, a paru tellement étrange aux yeux les plus familiarisés avec les problèmes de l'histoire, et si peu en rapport avec ce qu'on avait connu jusqu'alors, qu'on a presque renoncé à l'expliquer, en se contentant de l'envisager comme un fait extraordinaire, sans racines comme sans analogues dans le passé, sans portée et sans signification pour l'avenir. Nous croyons, nous, que rien n'est plus logique que l'histoire, malgré le désordre apparent qui la trouble à la surface sous le souffle des passions humaines, et que chacune des phases de son développement a sa raison d'être, c'est-à-dire sa loi, loi souveraine et génératrice qui traverse les faits en les façonnant sur elle-même, et qui ramène à l'unité des conséquences les accidents infinis qui se jouent librement dans les caprices et les fantaisies de la volonté humaine. C'est à la recherche de cette loi mathématique des faits et des institutions sociales, que les plus fermes et les plus nobles intelligences ont consacré leurs méditations et leurs pensées; et c'est de leurs recherches et de leurs découvertes que s'est formée la philosophie de l'histoire, c'est-à-dire l'histoire rationnelle des phases que l'humanité a parcourues

depuis son berceau, et quelquefois, mais avec plus de chances d'erreurs, la prévision des phases nouvelles qu'elle doit parcourir encore dans ce lointain et laborieux pèlerinage. Il y a en effet dans cette recherche curieuse et passionnée des traces que l'humanité a laissées derrière elle, et dans la perspective des destinées mystérieuses qui lui sont réservées dans l'avenir, un charme plein d'une séduction infinie, et comme une sorte de fascination d'autant plus entraînante que l'imagination et la raison, c'est-à-dire les deux plus grandes forces de l'intelligence humaine, y trouvent une égale satisfaction; et à côté de résultats positifs où l'esprit se repose, des émotions et des élans où les cieux semblent s'ouvrir pour laisser à découvert leurs plus impénétrables secrets. C'est là ce qui explique comment les génies les plus sévères et les plus passionnés, les âmes les plus ardentes et les moins téméraires, les cœurs les plus brûlants et les plus froids Platon et Aristote, Herder et Machiavel, Vico et Montesquieu, se sont rencontrés dans ces ténèbres, et en sont revenus diversement impressionnés, mais également riches de merveilles; les uns avec les enseignements les plus rigoureux de la science, les autres avec les illusions les plus douces et les plus entraînantes de ce qui n'en sera jamais que l'ombre.

C'est assez dire que dans ces sortes d'investigations, alors même qu'on rapporta tous les scrupules de la raison et de la conscience, il y a presque autant de chances de rencontrer l'ombre que la réalité; et il est infiniment à craindre qu'en voulant trouver la véritable théorie de l'histoire des sociétés, on ne finisse par aboutir tout simplement à une nouvelle histoire des erreurs de l'esprit humain. Aussi n'est-ce pas une théorie de l'esprit

humain ou une *politique* des institutions sociales que nous allons entreprendre; ces sortes de problèmes, nous le croyons, sont placés dans une sphère à la fois trop élevée et trop vaste pour qu'il soit donné à l'homme, quelque génie qu'il ait d'ailleurs, de les embrasser d'un seul coup-d'œil. Nous voulons seulement essayer d'éclairer d'un nouveau jour un coin encore obscur de cet immense tableau, en décrivant avec vérité les caractères et les rapports, c'est-à-dire la nature même de la famille et de la propriété chez les Germains; et en montrant que tout l'ordre féodal, choses et personnes, en est sorti comme la plus logique et la plus rigoureuse des conséquences.

En d'autres termes, nous allons prouver que ce qu'on a appelé *féodalité* au *x.^e* siècle et dans les siècles qui le suivirent, n'était au fond que le jeu simple et naturel des principes et des coutumes d'après lesquels la famille germanique s'était gouvernée de temps immémorial de l'autre côté du Rhin; que les lois féodales n'étaient que la continuation d'un ordre de choses antérieur à la conquête, et que la conquête elle-même n'avait jamais interrompu; que ces institutions *domestiques* de la tribu germane lorsqu'elle campait encore au-delà du fleuve, se retrouvent au fond de toutes les institutions *civiles* et *politiques* qui gouvernèrent la Gaule sous les deux premières races, et que sous cette enveloppe à demi-romaine de l'administration de Clovis et de Charlemagne, se cachent à fleur de peau, pour ainsi dire, des idées, des traditions, des formes et des institutions entièrement féodales. Il en résultera ce fait étrange et remarquable entre tous, que le gouvernement mérovingien, avec cet appareil emprunté de ducs, de comtes, de milice pala-

line, d'impositions romaines et d'imitations impériales que nous avons décrit ailleurs, se trouvait superposé à un autre gouvernement qui marchait d'après des principes et par des moyens diamétralement opposés, et qui néanmoins ne cessa jamais de fonctionner concurremment avec le premier. Il en résultera encore un fait bien autrement curieux, puisqu'il donne la clef d'une situation que l'on s'est obstiné si long-temps à regarder comme inexplicable; c'est que le gouvernement féodal n'était que le gouvernement de la famille; qu'il ne comprenait guère que des institutions *domestiques*; que les institutions politiques, rares, intermittentes, isolées les unes des autres et sans liaison nécessaire avec l'ensemble, n'y apparaissent que comme des créations parasites et n'y ont qu'une vie d'emprunt; que ces institutions politiques ne sont d'ailleurs qu'une répétition de celles qui régissaient la famille, ce sont les institutions domestiques élevées pour ainsi dire à une autre puissance; que la famille enfin y subsistait par elle-même et sans aucune dépendance absolue et permanente de l'Etat, ou, pour mieux dire, que l'Etat et la famille s'y confondaient perpétuellement. Aussi, lorsque l'écorce impériale dont Clovis et Charlemagne avaient entouré l'institution primitive se fut desséchée comme d'elle-même, et tomba comme un vêtement incommode que le temps a usé, la création antérieure reparut dégagée de son enveloppe et dans un état parfait de conservation; mais on prit pour une forme nouvelle, laborieusement élaborée dans le cours des siècles (et c'est en cela que consiste l'erreur), la vieille et indestructible construction contre laquelle toutes les attaques du génie impérial étaient venues échouer tour à

tour. On crut que l'étrange société que l'on avait sous les yeux était née par fragments et par lambeaux au milieu des déchirements qui avaient précédé cette triste apparition, et dont on sentait encore toutes les douleurs; mais la vérité est qu'il n'y avait rien dans tout cela qui ne fût pour le moins aussi vieux que l'histoire même des peuples germaniques. Seulement tout cela avait été voilé, obscurci et à moitié étouffé pendant plusieurs siècles par d'informes essais de centralisation qui en troublèrent l'harmonie, et qui néanmoins ne sauraient être considérés que comme des accidents dans un drame dont la fable restait toujours la même.

L'illusion était permise alors; car l'esprit humain, déjà trop faible, au milieu des tristesses de cette cruelle époque, pour suffire aux épreuves et aux nécessités du présent, semblait avoir perdu tout souvenir de son passé, et renonçait par impuissance à en remonter le cours. Plus tard, lorsque la vie eut recommencé à couler, et qu'il eut repris toutes ses forces, il se remit avec une incroyable ardeur à rechercher un à un les souvenirs perdus de son berceau; mais long-temps encore après qu'il en eut retrouvé la longue et poétique histoire, la liaison même des faits et leur filiation lui échappèrent; et il en est encore aujourd'hui à réunir péniblement les anneaux dispersés de la chaîne. Nous croyons en avoir retrouvé quelques-uns, ou plutôt nous nous croyons en mesure de prouver que la chaîne elle-même n'a jamais été brisée, et qu'elle traverse sans interruption tout l'intervalle qui s'étend depuis la première apparition de César sur le Rhin, jusqu'à la formation des gouvernements modernes au milieu du xv.^e siècle. Ainsi les époques mérovin-

gienne et carlovingienne reprendront dans notre histoire la physionomie qui leur est propre, et que tant d'altérations successives en sens opposés ont rendue méconnaissable. Elles ne paraîtront, comme elles ne sont en réalité, que comme des couleurs mal broyées, appliquées sur un tableau dont le ton général est en complet désaccord avec elles, qui vont s'effaçant de jour en jour, et qui, en se détachant, laissent voir à nu les teintes primitives qu'elles avaient un moment dérobées aux regards. Ainsi enfin disparaîtra de notre histoire, si l'illusion ne nous a point gagné à notre tour, un problème autour duquel la science s'est long-temps arrêtée avec crainte, et sur lequel elle ne se prononce encore aujourd'hui qu'avec hésitation.

« C'est un beau spectacle que celui des lois féodales. » Un chêne antique s'élève; l'œil en voit de loin les feuillages; il approche, il en voit la tige; mais il n'en aperçoit point les racines : il faut percer la terre pour les trouver (1).

C'est par cette belle image que Montesquieu a exprimé l'idée que lui avait laissé l'imposant spectacle des institutions féodales. C'est aux racines mêmes de ce chêne gigantesque que nous aurions voulu pénétrer.

Occupons-nous d'abord de la famille germanique; car la propriété qui plus tard conquiert sur l'homme un véritable empire, était encore essentiellement subordonnée à la famille. C'est autour de ce noyau, et en quelque sorte sur ce modèle que nous verrons s'élever graduellement, et par couches, tout l'état social des nations ger-

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, xxx. 4.

maniques; car, si nous les prenons à leur berceau, et lorsque les institutions romaines ne s'étaient point encore mêlées à celles des peuples d'outre-Rhin, on peut dire qu'il ne se trouve pas un seul élément dans l'Etat qui ne se retrouve sur une moindre échelle dans la famille. Et lorsqu'enfin le mélange des peuples et des institutions se sera accompli au milieu de la Gaule soumise, le triage sera d'autant plus facile, et nous pourrons essayer, sans trop de présomption, de restituer à chacune des deux organisations primitives les éléments et, pour ainsi dire, les parties que la création hybride leur a empruntées.

Voyons donc quels étaient ces éléments germaniques, et dans quel rapport ils se trouvaient les uns à l'égard des autres.

§ I.^{er}

Des gentes germaniques. — Leurs limites légales. — Différence avec les clans celtiques.

César et Tacite, les deux plus grands génies et les peintres les plus fidèles de l'antiquité romaine, nous montrent déjà, dès le premier et le second siècle de l'ère chrétienne, parmi les Germains d'outre-Rhin, quelque chose qui ressemble singulièrement aux *gentes* de la vieille Italie, mais qui offrent néanmoins, sous cette uniformité apparente, des différences essentielles et organiques qui ne permettent point de les confondre avec elles.

« Les Germains, nous dit César (1), s'occupent peu

(1) Cæs. *Comm.* vi. 22. Agricultura non student; majorque pars victus eorum in lacte, caseo, carne consistit: neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magis

» d'agriculture, et leur principale nourriture consiste dans
 » le lait, le fromage, la chair de leurs troupeaux. Les pro-
 » priétés fixes et limitées à la manière romaine y sont abso-
 » lument inconnues. Ce sont les magistrats et les princes du
 » peuple qui chaque année assignent, dans l'endroit où ils
 » veulent et dans la mesure qui leur convient, une certaine
 » étendue de terrain aux familles, et à de certaines as-
 » sociations qui en ont tous les caractères. L'année sui-
 » vante ils les forcent à aller s'établir ailleurs ».

« La terre, dit Tacite (1), se partage proportionnelle-
 » ment au nombre de ceux qu'elle doit nourrir, et toutes
 » les terres sont successivement occupées par toutes les
 » familles. Ensuite, dans chaque division, la part de cha-
 » cun se mesure sur son importance. Ces partages mul-
 » tipliés sont d'autant moins difficiles, que rien ne borne
 » l'immense étendue des plaines. Ils changent donc de
 » guérets chaque année, et le sol reste à un autre.
 » Aussi, ne se donnent-ils pas la peine de tirer parti de
 » la fécondité naturelle et de l'étendue de leurs terres,
 » en y plantant des vergers, en y entretenant par des

tratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque
 hominum, qui una coierunt, quantum et quo loco visum est,
 agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt.

(1) Tacit. *Germ.* 26. Agri pro numero cultorum, ab universis
 per vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem
 partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia præstant. Arva
 per annos mutant, et superest ager; nec enim cum ubertate et
 amplitudine soli labore contendunt, ut pomaria conserant, et
 prata separent, et hortos rigent: sola terræ seges imperatur.
 Unde annum quoque ipsum non in totidem digerunt species:
 hiems, et ver, et æstas intellectum ac vocabula habent; autumnus
 perinde nomen ac bona ignorantur.

» eaux courantes des prairies et des jardins: on ne de-
 » mande à la terre que des moissons. C'est pour cela encore
 » que l'année elle-même n'est point partagée chez eux en
 » autant de saisons que parmi nous. L'hiver, le prin-
 » temps et l'été ont une signification dans leur pensée
 » et un nom dans leur langue; mais le nom et les bien-
 » faits de l'automne leur sont également inconnus ».

Ces *familia*, ces *cognationes hominum* de César se
 retrouvent dans les lois barbares et dans les historiens du
 moyen-âge, sous les dénominations analogues de *genea-*
logia (1), de *faramanni* (2), de *faræ* (3), etc.; et
 prouvent que sous ce rapport l'ancienne organisation des
 tribus germaniques n'avait subi aucune altération par la
 conquête. Examinons donc de quels éléments elles se
 composaient en-deçà comme au-delà du Rhin.

Constatons d'abord que, chez les Germains, la famille
 proprement dite et les liens de la parenté légale, sem-
 blent avoir été limités d'assez bonne heure sur les quatre
 lignes principales qui la constituent. La loi des Lombards
 l'étendait jusqu'au septième degré *exclusivement* (4); il

(1) L. *Bajuv.* tit. II. c. 20. L. *Alam.* tit. 84.

(2) L. *Burg.* tit. LIV. 2. De exartis quoque novam nunc et
 superfluum *faramanorum* competitionem et calumniâ a posses-
 sorum gravamine et inquietudine hac lege præcipimus submo-
 veri.....

(3) L. *Roth.* 177. Si quis liber homo migrare voluerit aliquo,
 potestatem habeat intra dominium regni nostri cum *fara* sua
 migrare quo voluerit. — V. Wachter, *Glossar*, v.° *fara*.

(4) L. *Roth.* c. 153. Omnis parentela usque in septimum ge-
 niculum numeretur, ut parens parenti per gradum et parente-
 lam heres succedat.

330
 en était de même chez les Francs (1), chez les Wisigoths (2), chez les Bavares (3) et généralement chez tous les peuples d'origine germanique. La loi romaine a-t-elle été pour quelque chose dans cette délimitation? Il est permis d'en douter; car, outre que les Romains comprenaient les degrés de parenté jusqu'au septième *inclusive-ment* (4), c'est-à-dire un degré plus loin que les Barbares, on doit remarquer que les Anglo-Saxons, qui n'ont emprunté que bien peu de choses à la loi romaine, semblent n'avoir pas eu sous ce rapport une pratique différente de celle des autres peuples du nord (5). De plus, si la tradition germanique, avant la conquête, avait prolongé indéfiniment les effets civils de la cognation, nul doute qu'il n'en fût resté quelque trace dans les mœurs après l'invasion; et, en supposant que l'innovation romaine eût prévalu devant les tribunaux, dans le partage des successions et en général dans les divers actes de la vie civile; la vieille cou-

(1) *Pact. Leg. Sal. antiqu.* t. 47. § 4. usque ad sextum geniculum.

(2) *L. Wisig.* t. IV. 1.

(3) *L. Bajuv.* t. XIV. c. 9.

(4) *Digest.* l. 38. t. 40.

(5) La loi saxonne ne contient aucune disposition expresse sur les divers degrés de parenté; ce qui est la meilleure preuve que leurs idées sous ce rapport ne différaient pas de celles des autres peuples du Nord. Les autres lois publiées successivement par les rois anglo-saxons, depuis Ethelberth jusqu'à Guillaume le Conquérant, gardent le même silence; mais dans celles de Henri I il est question de la parenté légale à propos du Weregild: *Et non pertinet alii cognationi pecunia ista nisi illis qui sunt intra genu.* L'expression est vague; mais, par cela même, elle est significative; car, si on ne l'a pas expliquée plus amplement, c'est qu'elle ne disait rien qui ne fût parfaitement connu.

tume nationale se fût retrouvée à coup sûr dans les habitudes sociales et les préjugés de la vie domestique. C'est ainsi que la race celtique, dans ses quatre divisions principales de l'Irlande, de l'Ecosse, du pays de Galles et de la Bretagne armoricaine, est restée fidèle malgré le temps, malgré le droit écrit, en dépit de la loi civile et de la loi ecclésiastique, au vieil esprit du système des clans qu'elle avait apporté d'Asie, et qu'elle semble destinée à éterniser dans notre Europe. Pour elle, la parenté se prolonge indéfiniment, et n'a point d'autres limites que celles du nombre des familles qui remontent à travers le cours des âges à un père commun. Or, rien de semblable, à aucune époque, chez les Germains. Les *faramanni* de la loi des Burgondes, et par conséquent les *cognitiones hominum* de César qui n'en diffèrent pas, ne sont que de simples familles dans l'acception antique et vulgaire du mot, composées du père avec sa femme et ses enfants, des colons et du bétail qui les nourrissent, des *ministeriales* ou vassaux employés à leur service (1). Il y a entre eux et les clans de la race celtique cette différence essentielle, que ceux-ci renferment un nombre indéfini de *maisons* distinctes et séparées, quoique rapprochées par la communauté d'origine; tandis que ceux-là ne forment tous qu'une seule *maison* et une seule famille sous l'autorité et la protection d'un même maître.

(1) *L. Roth.* 177. Si quis liber homo migrare voluerit, potestatem habeat intra dominium regni nostri cum *fara* sua migrare, quo voluerit. — A mesure que nous avancerons, nous verrons que dans le mot *fara* sont comprises les trois grandes divisions que voici : famille proprement dite, colons, vassaux.

§ II.

Du Mundium considéré comme base de la famille.—Du principe de la responsabilité chez les Germains.

Et d'abord, quelles étaient la nature et les limites de cette autorité?

Un seul mot la résumait, et peut servir à en expliquer les diverses applications : c'est le *mundium*. La racine est *mund*, qui signifie *bouche*, *parole* (1). Mais quel est le sens précis que les Germains attachaient à ce mot? Était-ce la *potestas* des Romains, ou seulement quelque chose d'analogue? Était-ce un système tout différent, basé sur d'autres principes et conduisant à d'autres conséquences? — Il importe de se rendre un compte exact de la question; car elle renferme, en grande partie, le secret de toute l'organisation politique des peuples d'outre-Rhin.

Or, j'y trouve trois significations principales, inséparablement unies par une corrélation nécessaire, et subordonnées les unes aux autres par une réciprocité d'influence combinée de telle sorte, qu'aucune des trois ne saurait exister sans les deux autres, et que les trois réunies donnent à l'institution un sens entièrement différent de celui qui s'attache à la *paterna potestas* des Romains. Le *mundium* suppose dans celui qui l'exerce (*mundwaldus* (2)) : 1.^o une autorité spéciale sur la personne et les biens de tous ceux qui dépendaient de lui; 2.^o une sorte de tutelle qui, en con-

(1) Wachter, *glossarium*, v.^o *mund*.

(2) *Leg. Luitprand.* vi. 40.

férant certains droits, imposait certains devoirs; 3.^o une responsabilité civile et politique qui donne à l'institution sa véritable physionomie, et à laquelle, que nous sachions, personne encore n'a songé. On nous permettra donc d'accorder à ce côté de la question une attention toute particulière; car, indépendamment de l'intérêt spécial qu'il présente dans la discussion qui nous occupe, il nous fournira sur la manière dont l'ordre naissant s'est établi dans les sociétés barbares, des renseignements précieux que nous chercherions en vain ailleurs. C'est par là que nous entrerons en matière.

Le genre humain, dit la Genèse, a commencé par la famille; et il est remarquable qu'au moment où l'histoire découvre pour la première fois les nations germaniques au milieu des forêts qui les avaient si long-temps dérobées à la lumière, les traces de cette grande vérité fussent encore parfaitement reconnaissables au milieu des institutions nouvelles qui les régissaient. Elles en étaient arrivées à ce moment solennel du développement social, où la famille va disparaître dans la cité, tout en conservant encore, au sein d'une association plus vaste, les traits distinctifs qui en avaient fait jusqu'alors une sorte d'individualité isolée dans sa sphère, et comme un monde à part qui ne tournait que sur lui-même. Déjà l'état est constitué, puisqu'il y a des réunions générales sur la *colline du parlement* (1), des délibérations communes, des jugements publics, des chefs et des magistrats chargés de veiller à la défense et aux intérêts de tous (2). Mais la famille est restée ce qu'elle était, c'est-

(1) Tacite, *Germ.* 11.—Le *Malberg* de la Loi Salique signifie à la lettre la *colline du parlement*.

(2) *Ibid.* 12.

à-dire un organisme complet, vivant d'une vie indépendante, ne tenant à l'enveloppe qui le recouvre que par des liens peu nombreux, mal noués, et qui pourraient se briser d'un moment à l'autre sans que l'existence de la famille en fût compromise, ou l'harmonie essentiellement troublée. Il en résulte ce phénomène, qu'au-dessous des grandes lignes qui dessinent et circonscrivent la sphère supérieure, se meuvent une infinité d'autres sphères où les mêmes lignes se reproduisent sur le même plan, mais dans des proportions différentes. Or, dans cet état encore incertain de l'ordre social, où l'autorité publique commence à essayer ses forces sans oser s'y fier encore, le gouvernement à la fois impuissant et inhabile, se débarrasse volontiers d'une partie de sa responsabilité sur le chef de la famille, et répartit sur les individus un poids auquel il ne saurait suffire avec ses seules ressources. Les pouvoirs généraux de la société, mal définis et plus mal obéis, se sentent trop faibles pour la maintenir sur sa base au milieu de tant de secousses, et se reposent sur les influences locales, non moins, je crois, par calcul que par instinct, du soin de conserver l'équilibre, en se réservant celui de le rétablir lorsqu'il vient à être renversé. De là toute une série de dispositions fort prévoyantes, mais fort singulières, et qui pourraient paraître bizarres, si on ne se donnait la peine de les faire remonter à leur principe, et qui resteraient sans signification si on ne leur donnait celle qui ressort de la nature même des institutions auxquelles elles se rattachent. Ainsi le père de famille est responsable aux yeux de la loi, non seulement pour sa femme et pour ceux de ses enfants qui vivent dans sa maison (1);

(1) *Leg. Æthelredi reg.*... Et quilibet habeat familiam suam in

mais encore pour ses esclaves (1), et même pour les animaux qui lui appartiennent (2). Bien plus, il est tenu de répondre pour toutes les personnes qui relèvent de près ou de loin de son autorité, soit qu'elles demeurent dans sa maison même, comme les *ministeriales* employés à son service, ou seulement sur ses terres mais sous un autre toit, comme ses colons, ou simplement dans sa dépendance, comme tous ceux qui se sont *recommandés* à lui et qui n'ont encore obtenu ni emploi ni bénéfice (3). Ce n'est pas tout encore : il est responsable du mal que fera son arc ou son épée sans sa participation (4), de celui que se fera le bétail du voisin en sautant sa haie ou son fossé (5), de celui qu'on commettra sur ses terres à son insu et par d'autres

propria sua fidejussione. — L. Burg. t. lxxxv de pupillis. Ita ut si causam pars minoris habuerit, ipsa persona respondeat quæ tutelam suscepit.

(1) *Leg. Sal. antiq. xiii. 2.* Si quis servus furaverit quod valent xl denarii, castretur; dominus vero servi..... capitale et delaturam in loco restituat.— Et Karol. M. Capitula minora a. 805.

(2) *L. Sax. t. xiii.* Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo cujus esse constiterit, componatur excepta faida. — *Legg. Aelfredi, 24, de delictis bestiæ.* Si animal aliquem vulneret, capiatur animal illud, vel pretio redimatur. V. *Pactus Leg. Salic. antiq. 39 de quadrupedibus quæ hominem lædunt.*

(3) *Legg. Edward confess. xxi.* Archiepiscopi, episcopi, comites, barones.... etiam milites suos et proprios servientes, dapiferos, pincernas, camerarios, pistores et cocos sub suo friborgo habeant.... Quod si cui foris facerent, ipsi tenerent eos rectitudini in curia sua. — V. *Luitpr. leg. vi. 73.*

(4) *L. saxon.*

(5) *L. Alam. t. 99. § 24.* Si alicujus caballus sepem alienam sallierit, et de palo transpunctus fuerit, cujus sepi fuerit ipse solvat medium pretium.

que par ceux dont la responsabilité légale lui revient (1). La loi est impitoyable dans ses précautions; et, dans l'absence du coupable, elle force son *mundeburd* (2) à satisfaire pour lui, sauf à ce dernier à se pourvoir plus tard contre son subordonné. Le magistrat est tellement convaincu de son impuissance, et il a tellement peur que le coupable ne lui échappe; qu'il exige une garantie de tous ceux qui se présentent en justice, c'est-à-dire une propriété qui répondra pour le plaideur, ou une caution qui s'engage à satisfaire pour lui (3). La mobilité des situations est une des conditions de la barbarie; et la principale préoccupation de

(1) Voir dans Pertz, *Monumenta*, t. IV, p. 4, le curieux titre, inédit jusqu'ici, *de hominem inter duas villas occisum*.

(2) *Luitprand. legg.* VI. 38. Si quis liber homo, in terra aliena residens libellario nomine, homicidium fecerit, et fuga lapsus fuerit, tunc ille cujus terram ipse homicida laboraverit, aut inhabitaverit, habeat spatium mensis unius ad ipsum hominem perquirendum; et si eum invenerit, habeat licentiam ipsum hominem, quamvis liber sit, comprehendendi, et tradendi in manu illius cui fecerit homicidium.... Quod si neque facere, voluerit, ipse cujus terra est dare debeat libellario nomine ipsam terram ei cui homicidium fecerit....

(3) *Leg. Eadgari supplem.* Hoc præterea volo ut quilibet sub fidejussoribus sit tam intra quam extra urbes. — *Leg. Æthelredi reg.* 1. ut quilibet liber fideles fidejussores habeat, ut fidejussor illum ad omne jus præsentet, si accusaretur. — *Hludovici II. Italiæ regis capitulare a.* 844-850. De his quidem personis qui res suas ideo in alteram personam delegant, ut ad placitum venire non compellantur, ut mala que facta habent non emendent; quod si paruerit ideo eos delegasse ne justitiam facerent, volumus ut ipsi res in bannum mittantur, quousque illi qui eas habent auctorem ad placitum adducant, et isdem malefactor justitiam faciat.

ceux qui travaillent à la faire cesser, consiste à classer les intérêts à mesure qu'ils se produisent, à fixer les individus autour des intérêts existants, et à empêcher que la société ne flotte perpétuellement entre la passion du jour et le caprice du lendemain. Or, pour obtenir ce résultat, il faut travailler incessamment à diminuer le nombre de ceux qui cherchent leur plaisir ou trouvent leur profit dans cette mobilité même, et dont la liberté ombrageuse se refuse au joug salulaire qu'on lui présente. De là la crainte, si légitime d'ailleurs, de toutes les civilisations pour les *gens sans aveu*, et le soin particulier avec lequel les lois barbares les proscrirent et travaillent à s'en débarrasser. Cette crainte alla si loin dans l'esprit des peuples germaniques, qu'ils finirent par mettre en état de suspicion légitime tous ceux qui ne relevaient de personne; et nous trouvons dans les lois barbares et les capitulaires plus d'une disposition qui témoigne de cet état de l'opinion, et des nécessités sociales sous l'empire desquelles elle s'était accréditée (1). On verra ailleurs que ce fut là une des causes les plus influentes de l'établissement de la féodalité et de l'universalité de sa domination dans une très-grande partie de l'Europe. Toutes les autres causes, telles que les invasions des Normands et les violences dont elles étaient accompagnées, furent acci-

(1) *Leg. Æthelstani* 2. Et statuimus de hominibus domino parentibus, a quibus nullus jus suum obtinere potest, ut ore tur cognatio eorum ut eos ad jus gentium adducant, et dominum eis inveniant in conventu populi; et si hoc tunc acquirere nolint vel non possint ad hunc terminum, tunc sit postea fugitivus, et pro fure eum capiat quisquis in eum inciderit. Et si quis hoc non obstante, illum hospitio excipiat, compenset eum capitibus æstimatione, vel ipsum hoc modo excuset.

dentelles, transitoires et d'un effet limité; celle-ci seule prenait sa source dans les traditions et les vieux usages de la Germanie; c'est la seule qui ait été constante dans tous les temps, et qui soit restée sans contre-poids partout où les institutions romaines n'en avaient point arrêté le développement.

Nous croyons pouvoir aussi rattacher à ce principe tout un côté des lois barbares qui a été diversement envisagé, et qui nous paraît susceptible d'une interprétation plus naturelle et partant plus vraie que celles qu'on lui a données jusqu'ici. Nous voulons parler du droit d'aubaine, et en général des dispositions de la loi barbare sur les étrangers. Tacite affirme que chez aucun peuple l'hospitalité ne fut plus en honneur que chez les Germains, et que nulle part les étrangers ne furent traités avec plus de faveur et de cordialité (1). Sans examiner si l'inimitable peintre de la corruption romaine n'a pas cherché ici, comme ailleurs, l'effet d'un habile et humiliant contraste, en exagérant à dessein les vertus de la Germanie pour faire mieux ressortir les vices de Rome; il faut avouer que l'esprit des institutions germaniques a changé du tout au tout à cet égard, et que la loi féodale, au lieu de protéger l'étranger, est pour lui pleine d'embûches et de procédés hostiles. Le code des Burgondes nous apprend que chez ce peuple la présomption légale était que tous les *advenæ* étaient des esclaves fugitifs, et décide qu'ils devront être traités en conséquence. (2). Il n'est point

(1) Tacit. *Germ.* 21. Convictibus et hospitibus non alia genere effusius indulget. Quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur..... Notum ignotumque, quantum ad jus hospitii, nemini discernit. Abeunti, si quid poposcerit, concedere moris.

(2) *L. Burg.* xxxix. *De receptis advenis.* — *Karoli M. capitul. aquens.* a. 806. 4. *De adventiciis.* Quicumque missi nos-

usqu'aux textes qui protègent la liberté de l'étranger, qui ne prouvent que l'opinion, loin de la garantir, la menaçait continuellement, et soutenait ainsi une sorte de lutte en faveur du préjugé national contre l'humanité du législateur. Ainsi Louis-le-Débonnaire est obligé de déclarer formellement qu'il prend sous sa protection les réfugiés espagnols chassés de leur pays par l'invasion musulmane, parce que les comtes de la frontière les traitent déjà comme des colons ou des esclaves (1). Ainsi Charles-le-Chauve étend la même protection, et pour le même motif, sur les malheureux que les ravages des Bretons et des Normands ont forcés de quitter leur patrie, pour venir chercher un abri dans le royaume de ce pauvre prince (2). Ainsi Rotharis déclare par une loi expresse que tout homme libre aura le droit d'aller avec

tri ad placitum nostrum venerint, habeant descriptum quanti adventicii sunt in eorum missatico, et de quale pago sunt, et nomina eorum, et qui sunt eorum seniores. — *Ejusdem capit. minora* a. 803. 6. De fugitivis ac peregrinis, ut distringantur, ut scire possimus qui sint aut unde venerunt. *Ejusdem capit. Bajuvar.* a. 792. 5. Similiter direximus missos in Aquitaniam et in Longobardiam, ut omnes fugitivos et adventitios ad nostrum placitum adducant.

(1) Ita ad omnium vestrum notitiam pervenire volumus quod eosdem homines sub protectione et defensione nostra receptos in libertate conservare decrevimus.

(2) *Karoli II Edictum Pistense* a. 864. 51. — De adventitiis istius terræ, quæ a Nortmannis devastata est, constituimus ut... unusquisque comes.... ipsos advenas... in illorum comitatibus.... manere permittant. Illos vero qui propter persecutiones Northmannorum nuper de istis partibus in illas partes confugerunt, episcoporum missi cum missis reipublicæ taliter de illis partibus in illas partes venire faciant, ut non opprimantur, nec aliquis census vel quæcumque exactio ab illis exigantur.

sa famille où il voudra, dans toute l'étendue de ses états (1). Ainsi l'homme libre qui veut quitter son propre pays pour aller se fixer dans un autre, est obligé de se munir de lettres royaux pour se mettre à l'abri des suites ordinaires du vagabondage (2). En effet, le principe étant que tout homme, pour régulariser sa position, devait s'avouer d'un autre homme; tous les gens sans *aveu* se trouvaient par cela même en état d'hostilité contre la loi et en insurrection contre l'ordre public. Lorsque l'institution de la royauté se fut définitivement établie parmi les Barbares, c'est-à-dire lorsque l'ordre naissant eut été placé sous la garde d'une institution permanente, le principe reçut une application plus rigoureuse que jamais, et tous les *advenæ* furent censés appartenir au roi (3).

Il existe néanmoins dans les lois germaniques, et nous n'hésitons point à le proclamer, des traces d'un droit moins haineux à l'endroit des étrangers, et qu'on dirait en effet inspiré par ce vieil esprit d'hospitalité généreuse dont

(1) *Edict. Roth.* 477. Si quis liber homo migrare voluerit aliquo, potestatem habeat intra dominium regni nostri cum fara sua migrare quo voluerit; sic tamen si a rege ei data fuerit licentia.

(2) Si quis homo qualicubi migrare disponit, et de rege habet *cartas*, et se habundivit in mallo publico, et aliquis extra ordinatione regis restare aut adsallire una præsumpserit..... sol. cc. culpab. judicetur (L. Sal. ex cod. parisiens. ap. Cancian. t. v, p. 382).

(3) Voici peut-être l'une des premières applications du principe: Si quis peregrinum occidat, rex habeat duas partes astimationis capitis, tertiam partem liberi vel cognati (*Leges Inæ*, 23). Peu à peu on s'habitua à considérer l'*advena* comme un homme sans famille, et dont la composition ne pouvait appartenir qu'au roi.

Tacite fait honneur à tous les peuples d'outre-Rhin. Nous voulons parler des dispositions des plus anciens codes barbares sur les émigrants (*de migrantibus*). Non seulement leur vie et leur liberté sont placées sous la sauve-garde d'une amende considérable (1); non seulement il est expressément défendu de leur refuser la porte de sa maison, et tout en leur fermant la sienne de leur indiquer celle d'un autre (2); mais il semble encore que dans le principe du moins, il fût loisible à chacun de venir s'établir, sans trop de formalités, sur telle portion du territoire qu'il jugerait convenable, et à la seule condition qu'aucune réclamation de la part des anciens possesseurs ne s'élevât dans l'année contre son établissement (3). Ainsi, tandis que la prescription trentenaire paraît à peine une garantie suffisante contre

(1) *L. Rip.* xxxvi. Si quis ripuarius advenam Francum occiderit, ducentis solidis culpabilis judicetur. — Si quis ripuarius advenam Burgundionem interfecerit, centum sexaginta solidis culpabilis judicetur. — Si quis ripuarius advenam Romanum interfecerit, centum solidis multetur. — Si quis ripuarius advenam Alamannum, seu Fresionem, vel Bajuvarium aut Saxonem interfecerit, centum sexaginta solidis culpabilis judicetur.

(2) *L. Burg.* xxxviii. 6. Si in causa privata iter agens ad Burgundionis domum venerit, et hospitium petierit, et ille domum Romani ostenderit, inferat illi cujus domum ostenderit, solidos tres; et multæ nomine solidos tres.

(3) C'est ce qui résulte de ce curieux texte de la loi Salique, sur lequel nous aurons occasion de revenir. *Pact. leg. Salic. antiqu.* t. xlviii. *De migrantibus*. Si quis super alterum in villa migrare voluerit, et aliquis ex eisdem qui in villa consistunt, eum suscipere voluerint, et vel unus vel aliquis ex ipsis extiterit qui contradicat, migrandi licentiam ibidem non habeat. — Si quis vero admigravit et ei aliquis infra xii menses nullus testatus fuerit, ubi admigravit, securus sicut alii vicini consistat.

l'usurpation dans les civilisations avancées, la prescription d'une seule année légitime la possession aux yeux de la loi barbare. Mais il est facile de voir que ces dispositions se rapportent à un état social où la propriété territoriale a encore peu d'importance, où le sol a cessé d'être commun sans que chacun attache beaucoup plus de prix à la portion qu'il occupe, et qu'elles nous reportent par conséquent au berceau même des institutions civiles et politiques. Mais nous ne nous en croyons pas moins fondé à dire que lorsque les sociétés commencent à se fixer, et l'ordre qui les fait vivre, à triompher, le législateur s'arme de méfiance et de précautions tyranniques contre ceux qui ne présentent ni l'une ni l'autre des deux garanties qu'il réclame, une propriété qui le lie, ou un supérieur dont il s'avoue et qui réponde de sa conduite. Cela est si vrai, et le préjugé contre l'homme errant devient si fort et si universel, que la loi saxonne défend de garder plus de trois jours un voyageur dans sa maison sans en prévenir le magistrat (1). C'est que, dans les sociétés encore mal affirmées, l'étranger est un ennemi présumé, et l'on sait que dans la Rome antique le même mot servait à les désigner (2). D'ailleurs, dans une société fondée sur l'esclavage, les es-

(1) *Leg. Edvardi regis xxvii. de hospitibus.* Si quis hospitaverit privatum, vel alienum, qui anglice *cuth and uncuth* dicitur, poterit eum noctibus habere duabus tanquam hospitem... quem si tertia nocte hospitatus fuerit, et is alicui forisfecerit, habeat eum ad rectum tanquam de propria familia... Si vero malefactor non poterit damnum restaurare quod fecerat, hospes suus restaurabit, et forisfacturam.

(2) *Hostis, étranger, ennemi.* — *Adversus hostem æterna auctoritas est.*

claves étaient sans cesse occupés des moyens d'échapper à leurs chaînes, et le législateur des moyens de les y ramener. De là contre l'étranger une autre cause de suspicion, et comme une sorte de présomption légale d'esclavage. Il fallut qu'il fût toujours en mesure de prouver son ingénuité, et bientôt il ne fut plus admis à en fournir la preuve. Mais ceci appartient déjà à d'autres temps, et jusqu'à un certain point, à d'autres institutions.

Il ne sera pas inutile de remarquer en passant que c'est par la propriété surtout que l'ordre est entré dans les sociétés barbares, comme c'est par elle surtout qu'il se conserve encore dans les sociétés policées. Cela ne paraît nulle part plus clairement que dans les monuments de l'époque que nous étudions. Nous citerons des textes; car il n'est point dans toute l'histoire d'enseignement plus élevé, et depuis quelque temps plus indispensable (1) :

« Celui dont la propriété aura été mise au ban pour
» quelque crime par lui commis; si, après en avoir été
» informé, il diffère de se présenter devant le magistrat
» pour en offrir satisfaction, et qu'il laisse ainsi passer
» l'an et jour, qu'il ne puisse plus rentrer en possession, et que le fisc soit saisi ».

« Et comme la fragilité humaine (2) est plus portée à

(1) *Hludovici I. Capit. aquisgr. a. 817.* — 2. *Cujuscumque hominis proprietas ob crimen aliquod ab eo commissum, in bannum fuerit missa, et ille, re cognita, ne justitiam faciat, venire distulerit, annumque ac diem in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa fisco nostro societur.*

(2) *Caroli II. edictum pistense a. 864.* — 6. *Et quoniam humana fragilitas proclivior est ad contra justitiam faciendam quam ad justitiam exequendam, et diabolus semper certat, ut fragilitati hu-*

» l'injustice qu'à l'esprit d'équité, et que le diable com-
 » bat toujours et travaille à obscurcir les lumières de l'in-
 » telligence dans notre pauvre humanité, pour l'empê-
 » cher de voir le châtiment de Dieu et de le prévenir
 » en s'amendant. Comme il est parvenu à notre connais-
 » sance que quelques brouillons des comtés qui ont été
 » ravagés par les Normands, et qui y avaient autrefois
 » leurs terres, leurs esclaves et leurs maisons, s'aban-
 » donnent au mal sans scrupule, maintenant qu'ils n'ont
 » plus ni esclaves, ni maisons, disant que la justice n'a
 » plus de prise sur eux. Et comme ils n'ont plus de mai-

manæ oculos mentis claudat, ne castigationem Dei videat et semet-
 ipsam emendet; sicut ad nos perventum est quod quidam leves
 homines de istis comitatibus qui devastati sunt a Nortmannis, in
 quibus res et mancipia et domos habuerunt, quia nunc ibi man-
 cipia et domos non habent quasi licenter malum faciunt; quia,
 sicut dicunt, non habent unde ad justitiam faciendam adducan-
 tur; et quia non habent domos ad quas secundum legem manniri
 et banniri possint, dicunt quod de mannitione et bannitione le-
 gibus comprobari et legaliter judicari non possunt. Contra quo-
 rum malas insidias consensu et consilio fidelium nostrorum sta-
 tuimus, ut comes missum suum ad illam terram in qua domos
 quis habuit, mittat, et eum bannire et mannire jubeat. Et quo-
 niam lex consensu populi fit et constitutione regis, Franci jurare
 debeant, quia secundum regium mandatum nostrum ad justitiam
 reddendam vel faciendam legibus bannitus vel mannitus fuit, et
 sic ipsæ res illi judicio Scabini in bannum mittantur, et si
 necesse fuerit, ipse in forbannum mittatur qui ad justitiam red-
 dendam venire noluerit. Et mandet comes qui hoc executus fuit,
 alteri comiti in cujus comitatu res et mancipia habet, quid inde
 factum habeat, et ex nostro verbo illi mandet, ut per illa quæ
 in suo comitatu habet illum distringat, quatenus ad justitiam red-
 dendam vel faciendam in suum comitatum redeat.

» sons dans lesquelles on puisse, aux termes de la loi,
 » leur signifier la citation et le ban; ils disent encore qu'on
 » ne peut plus ni les citer, ni les bannir, ni les convain-
 » cre, ni les juger légalement. A ces causes, voulant
 » déjouer de telles ruses, du consentement et par le con-
 » seil de nos fidèles, nous ordonnons que le comte envoie
 » son messenger dans la propriété où le coupable faisait
 » sa demeure, et qu'il y fasse la citation et la semonce.
 » Et comme la loi se fait du consentement du peuple et
 » selon la volonté du roi, les Francs devront reconnaître
 » par serment que le ban et la semonce ainsi faits seront
 » réputés légalement faits, qu'en conséquence ses biens
 » soient mis au ban par sentence des Scabins, et s'il le
 » faut, qu'il soit lui-même forban puisqu'il refuse de se
 » soumettre à la justice. Voulons que le comte qui a
 » déjà procédé à l'exécution le mande à celui de ses
 » collègues dans le ressort duquel le coupable a encore
 » des biens et des esclaves, et qu'il lui mande de notre
 » part de mettre la main sur ce qu'il y possède pour le
 » contraindre à revenir dans son comté et à donner sa-
 » tisfaction à la justice ».

Et encore (1) :

« Et comme il se trouve dans notre royaume des gens
 » sans propriété qui échappent à la justice des comtes,

(1) *Excerpta canonum*, ap. Pertz, t. iv, p. 192. — 4. Et
 quia sunt nonnulli qui sine proprietatibus in regno nostro degen-
 tes, judicia comitum effugiunt, atque non habentes res aut subs-
 tantiam quibus constringi possint; ideo circum quaque malitias
 exercere non cessant; de illis nobis placuit, ut ipsi cum quibus
 videntur manere, aut eos præsentent, aut pro eorum malefactis
 rationem reddant.

« Il existe en outre dans ce royaume un moyen sûr, et le plus efficace de tous, d'assurer la sécurité de chacun de la manière la plus complète; c'est à savoir l'obligation où chacun est de se mettre sous la sauve-garde d'une espèce de caution que les Anglais appellent une *libre garantie* (freoborges), et que les seuls habitants du pays d'York nomment *tien manna tala*, ce qui signifie en latin une division de dix hommes. Voici la manière dont cela se pratiquait : tous les habitants de tous les villages du royaume sans exception étaient classés dix par dix, de telle sorte que si l'un des dix commettait un délit, les neuf autres répondaient de lui devant la justice. Que s'il disparaissait on accordait un délai légal de trente-et-un jours pour le représenter. Si dans l'intervalle on le trouvait, il était traduit devant la justice du roi. Aussitôt il était condamné à réparer de son bien le dommage qu'il avait causé. Que s'il retombait dans sa faute, on faisait justice sur sa personne même. Mais si on ne pouvait le trouver dans le délai prescrit, comme il y avait dans chaque *fribord* un chef que l'on appelait *friborges heofod*, ce chef prenait avec lui deux des plus considérables de son *friborg*, puis dans les trois *friborgs* les plus proches le chef et deux des membres les plus considérables, s'il le pouvait; puis il se justifiait lui-même, en son nom et au nom de son *friborg*, qu'il n'était pour rien dans le méfait, ni dans la fuite du malfaiteur. Que s'il ne pouvait le faire, il venait lui-

borgos sibi viciniore, per seipsos jurarent sese nullatenus fore culpabiles, et si quando possent eum recuperare, adducerent ad justitiam, aut justitiæ dicerent ubi esset.

» même à la tête de son *friborg* réparer le dommage, et cela avec le bien du malfaiteur tant qu'il durait; et lorsqu'il n'en restait plus, il y suppléait de son propre bien et de celui de son *friborg*, jusqu'à ce que satisfaction complète eût été faite devant la loi et la justice. Que s'ils ne pouvaient accomplir les prescriptions de la loi en ce qui concernait le nombre de juges à prendre dans les trois *friborgs* voisins, ils devaient au moins jurer eux-mêmes qu'ils n'étaient pas coupables, et que s'ils parvenaient jamais à mettre la main sur le malfaiteur, ils l'emmèneraient à la justice ou découvriraient à la justice le lieu de sa retraite (1) ».

C'est là, nous le répétons, le grand principe qui a présidé à la naissance de l'ordre civil et politique parmi les nations d'outre-Rhin, et qui a continué long-temps à en protéger les premiers développements sur la terre romaine. C'est pourquoi nous le trouvons au fond de toutes leurs institutions sociales, dans la famille comme dans la tribu, et dans l'état comme dans la famille. Il serait facile d'en retrouver encore les traces dans les institutions nouvelles qui régissent l'Europe moderne, après tant de révolutions dont chacune a fait une ruine et emporté dans son cours quelque débris du passé. Mais

(1) On trouve des dispositions analogues chez les Francs. — *Decretio Chlotharii II regis, a. 595.* Decretum est ut quia in vigiliis constitutas nocturnos fures non caperent, ... Centenas fieri. In qua centena aliquid deperierit, capitale qui perdiderat recipiat, et latro insequatur. Vel si in alterius centena appareat, et adhuc admoniti si neglexerint, quinos sol. condemnentur. Capitale tamen qui perdiderat, et centena illa accipiat absque dubio, hoc est, de secunda vel tertia custodia (Ap. Cancian. t. II. p. 119). Voilà bien la responsabilité des centaines. — V. *etiam* § II.

ces recherches curieuses d'ailleurs, et auxquelles peut-être il nous sera permis de revenir, nous éloigneraient trop du but que nous nous sommes proposé en commençant, et nous nous hâtons d'y revenir.

§ III.

Des divers éléments de la famille germanique. Infériorité civile de la femme 1.° dans la maison de son mari, 2.° dans la maison de son père. — Origine de la propriété germanique. — Sa nature. — Sa transmission. — Différences entre les droits successifs de l'homme et de la femme.

La responsabilité suppose un droit de surveillance et une autorité plus ou moins considérable sur ceux dont on répond, et ceci nous conduit à examiner quels étaient les rapports qui unissaient les diverses catégories dont se composait la famille germanique, et entr'elles, et avec le chef dont elles relevaient toutes à des degrés et à des titres différents. La discussion qui précède nous a montré par quel côté la famille se rattachait à l'Etat (1); celle qui va suivre nous fera pénétrer dans la composition intime de la famille elle-même.

Elle se partage en trois divisions principales : 1.° le père de famille avec sa femme et ses enfants; 2.° la domesticité libre, ou le cortège des *vassaux* qui le suivent et qui lui ont engagé leur foi; 3.° les nombreuses subdivisions des personnes qui sont plus ou moins engagées dans la servitude, soit à raison de leur personne,

(1) Nous parlerons ailleurs de la justice.

soit à raison de leurs terres, et que l'on désigne par les dénominations différentes de *servi*, de *coloni*, de *mansionarii*, de *liti*, d'*aldiones*, etc.

Reprenons chacune de ces trois divisions.

1.° De la famille proprement dite, c'est-à-dire, du père, de la mère et des enfants.

Nous avons vu plus haut que la mère de famille et ses enfants étaient dans le *mundium* du père. C'était, en effet, un droit qu'il achetait avec toutes ses conséquences, en achetant solennellement sa femme, après avoir débattu avec les parents le prix légal et les conditions accessoires de ce marché conjugal. « Ce n'est » pas l'épouse (dit Tacite (1)), qui apporte une dot » au mari; c'est l'époux qui l'apporte à la femme. Les » parents et les proches sont présents. Ils jugent si les » offres sont suffisantes. Ces cadeaux de noces n'ont rien » qui soit fait pour flatter la sensualité vaniteuse, ou » pour relever la parure de la jeune épouse. Ce sont » des bœufs, c'est un coursier avec son frein, un bou- » clier avec un glaive et une framée. C'est sous de tels » auspices que l'homme accepte sa fiancée; et la femme, » à son tour, apporte quelques armes à son mari. Ce » sont là, à leurs yeux, les liens les plus indestruc- » tibles; ce sont là les mystérieuses influences qui con-

(1) Tacit. *Germ.* 18. Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui ac probant munera non ad muliebres delicias quæsitæ, nec quibus nova nupta comatur; sed boves et frenatum equum, et scutum cum framea gladioque. In hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert. Hoc maximum vinculum, hæc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur.

» sacrent l'union des époux ; ce sont les dieux qui y
» président ».

Plus tard, au milieu des richesses de la Gaule, les
armes et les chevaux disparurent pour faire place à de
belles terres, à de riches parures, à l'or et à l'argent
des provinces conquises ; mais le souvenir de la tradi-
tion primitive, et le sens que les anciens y avaient at-
taché, se retrouvent dans le sou que le mari continua
de donner à sa femme en la prenant pour épouse, et
dans les droits qu'il conserva sur elle et sur ses enfants,
en vertu de cet achat. C'est ainsi que Clotilde la bour-
guignone fut achetée pour Clovis au prix d'un sol et
d'un denier (1) ; que chez les Wisigoths (2) et les Lom-
bards (3), on donnait un anneau à titre d'arrhes ; que
chez les Francs, en concluant le marché, on donnait
aussi des arrhes ou on stipulait un dédit, etc. (4). Ail-
leurs on forçait de plus le fiancé à jurer que s'il reti-
rait sa parole et refusait de consommer le mariage, ce

(1) *Fredeg. epitom.* 18. Legati offerentes solidum et denarium,
ut mos erat Francorum, eam partibus Chlodovei sponsant. —
V. Formul. Bign. p. 249. et *Lindenb.* c. 75, 76.

(2) *L. Wisig.* l. III, t. I. 3. Anulus arrarum nomine datus.

(3) *Leg. Luitprand.* v. I. Quod si quis cumque secularis
homo parentem nostram secularem sponsat, cum solo annulo eam
subarrat, et suam facit.

(4) *Pact. Leg. Salic. antiq.* t. LXX *De eo qui filiam alienam*
acquisierit, et postea se retraxerit. — Si quis filiam alienam ad
conjugium quæsierit præsentibus suis et puellæ parentibus, et
postea se retraxerit, et eam accipere noluerit, MMD. denarios,
qui faciunt solidos LXII. et dimidium, culpabilis judicetur. —
Greg. Tur. Hist. iv. 44 : quia dedi arram in desponsatione ejus.

n'était pas qu'il eût découvert dans la femme qui lui
était promise aucun vice rédhibitoire ; mais que l'amour
avait été plus fort que lui, et avait entraîné sa pensée
et son cœur vers un objet plus aimé (1).

Toute cette symbolique a été soigneusement conservée
dans la loi des Anglo-Saxons ; et il semble, en la lisant,
que l'on assiste aux préliminaires d'un mariage germa-
nique célébré au milieu des forêts d'outre-Rhin, au
moment même où Tacite crayonnait son immortel ta-
bleau (2) :

« Si quelqu'un veut épouser une vierge ou une veuve,
» et qu'il soit d'accord avec ses amis sur le choix, il
» est juste que l'époux, conformément à la loi de Dieu
» et à celle du monde, donne préalablement parole et
» promesse à celui qu'il aura chargé d'en faire la de-
» mande, qu'il ne la désire à autre fin qu'à celle de
» la traiter et conserver conformément à la loi de Dieu,
» comme un homme y est tenu à l'égard de sa femme,
» et que ses amis le promettent avec lui.
» Il faut savoir après cela quel est celui qui doit
» donner le festin ; et après le festin, que l'époux re-
» nouvelle sa promesse, et que ses amis se portent ga-
» rants pour lui.

(1) *L. Alam. t. LIII.* Si quis filiam alienam desponsatam di-
miserit, et aliam duxerit, componat eam quam desponsavit et
dimisit cum quadraginta solidis, et cum duodecim sacramenta-
libus juret, cum quinque nominatis et septem advocatis, ut pro
nullo vitio nec tentatam eam habuisset, nec vitium in illa inve-
nisset ; sed amor de alia eum adduxit ut illam dimisisset, et aliam
habuisset uxorem. — *V. L. Baju.* c. xv.

(2) *Leg. Eadmundi regis.* — 1. Si quis virginem vel uxorem

» Après cela que l'époux déclare ce qu'il lui destine
 » lorsqu'elle se sera prêtée à ses désirs (la morgengab),
 » et ce qu'il lui destine encore si elle vient à lui survivre
 » (la dot ou douaire).

» Si l'on tombe d'accord de part et d'autre, alors il
 » est juste que la femme ait la moitié des biens, et le
 » tout si elle a des enfants, à moins qu'elle ne convole
 » en secondes noces.

» Que l'époux confirme encore une dernière fois sa
 » promesse, et que ses amis la garantissent.

» Quand tout sera convenu des deux côtés, que les
 » parents de la fiancée s'approchent à leur tour, et qu'ils
 » consignent leur parente entre les mains de celui qui
 » la désire pour être sa femme, et pour vivre en bon
 » mari avec elle; et qu'ils en acceptent pour garant la

in matrimonium ducere velit, et hoc illi ac amicis placeat, tunc
 justum est ut sponsus juxta jus Dei et instituta mundi, prius
 promissum det viro qui eorum prolocutor est, quod ille hoc modo
 eam cupiat, ut juxta jus Dei eam servare velit, sicut vir foemi-
 nam suam debet, et hoc spondeant amici illius. — 2. Postea scien-
 dum est, ad quem cibarium exhibitio pertinet; hoc spondeat
 deinde sponsus et fidejubeant amici ejus. — 3. Postmodum
 significet sponsus quid ei destinat, pro eo quod illa voluntatem
 suam elegerit, et quid ei destinat, si illa supervivat illum. —
 4. Si hoc ita pacto conventum est, tunc justum est ut ea dimi-
 diam bonorum partem habeat, et omnia si prolem invicem ha-
 beant, nisi illa deinde maritum alium eligat. — 5. Confirmet
 omne quidquid promiserat sponsione, et amici fidejubeant. — 6.
 Si illi tunc in omni re concordant, tunc adeant cognati, et spon-
 deant consanguineam suam in uxorem et ad rectam vitam ei qui
 illam desiderat, et accipiant fidejussorem eum qui in sponsionem
 jus habet.

» parole de celui qui
 » l'affaire ».

été le principal entremetteur de

Dès-lors la loi garantissait à l'époux la possession ex-
 clusive de la femme, et taxait son déshonneur par sols
 et par deniers. Tant pour avoir pressé le doigt ou la
 main d'une femme, tant pour le bras, tant pour la par-
 tie supérieure du bras, tant pour le sein (1). La su-
 pême injure était évaluée à deux cents sols (2). Et c'é-
 tait bien le droit de propriété acquis au mari, que la
 loi prétendait protéger; car l'amende augmentait à me-
 sure que ce droit devenait plus clair et plus incontestable.
 Ainsi, pour coucher avec une jeune fille, il n'en
 coûtait que quarante-cinq sols (3); pour lui faire vio-
 lence, soixante-deux sols et demi (4); si elle était pro-
 mise en mariage, soixante-deux sols et demi pour elle,
 et quinze pour son fiancé (5); si on la conduisait déjà
 à son époux, deux cents sols, absolument comme si elle
 était déjà entrée dans sa maison (6). Il ne paraît pas,
 du reste, qu'aucune idée religieuse ait présidé au ma-
 riage germanique, car Tacite ne laisse rien soupçonner
 de semblable; et par conséquent il est hors de toute
 vraisemblance que la sainteté du lien conjugal soit pour
 quelque chose dans cette évaluation. Il ne faut donc voir,
 dans l'union conjugale elle-même, qu'une transaction
 purement civile; et, dans les sévérités de la loi, qu'une

(1) *Pact. Leg. Salic. antiq. t. xxiii.*

(2) *Ibid. t. xv.*

(3) *Pact. L. Salic. xv. 3.*

(4) *Ibid. 4.*

(5) *Ibid. xiv. §. 9.*

(6) *Ibid. 10.*

protection ordinaire accordée à des intérêts de même ordre. Cela paraît plus clairement que partout ailleurs, dans cette curieuse disposition de la loi anglo-saxonne (1): « Si un homme libre couche avec la femme d'un homme, » libre, qu'il paie d'abord le *weregild* de la femme, » et ensuite qu'il achète une autre femme de ses propres » deniers et qu'il l'a lui amène ».

Indépendamment de ce présent de noces, que Tacite appelle une dot, et que l'on trouve désigné dans les monuments du moyen-âge, sous les dénominations différentes de *dotalitium*, de *maritagium*, de *donatio propter nuptias*, de *doarium*, etc. (2); la femme recevait encore de son mari, le matin du jour où elle s'éveillait pour la première fois à ses côtés, dans la couche nuptiale, un second présent ou don du matin (*morgengab*), qui était comme le prix du sacrifice qu'elle venait de faire entre ses bras (3). Il existait entre le premier et le second cette différence essentielle, que la *morgengab* lui appartenait en propre, et qu'elle pouvait en disposer selon sa fantaisie (4); tandis qu'elle était tenue de partager la dot avec ses parents (5), et qu'elle n'avait que l'usu-

(1) *Leg. Ethelb.* 52. Si liber homo cum hominis liberi uxore concubuerit, ejus capitale redimat, et aliam uxorem propria pecunia mercetur, et illi alteri eam adducat.

(2) Heineccius, *element. jur. germ.* I. § 244.

(3) *L. Burg.* t. 42. § 2. — *L. Ripuar.* t. 57. § 2. — *L. Longob.* I. II. t. 1. § 4. 8. — *L. Alam.* t. 58 et *alibi passim*.

(4) Heinecc. *element. juris germanici*, I. 247.

(5) *L. Burg.* XIV. 5. Illud etiam præsentī lege placuit continere, ut si mulier maritum habens, sine filiis de hac luce transierit, maritus defunctæ uxoris pretium quod pro illa datum

fruit de la part qui lui en revenait (1). La propriété de cette dernière portion appartenait à ses enfants : elle ne pouvait ni la vendre, ni l'aliéner. Du reste, elle en jouissait sa vie durant, même dans un second et troisième mariage (2).

fuerit, non requirat. — *Ibid.* LXVI. Puella quæ marito traditur patrem et fratres non habens, nisi patruum et sorores, de *wittemon* tertiam partem patruus accipiat, et alteram tertiam sorores sibi noverint esse vindicandum. — Si vero puella sine patre maritum accepit fratres nos habens, placuit ut de *wittemon* tertiam partem mater accipiat, et alteram tertiam proximiores parentes. — Si mater non fuerit, tertiam illam sorores accipiant. — Il ne restait donc que le tiers à l'épouse. — *L. Saxon.* VI. 1. Uxorem ducturus trecentos solidos det parentibus ejus. — *L. Wisig.* I. III, t. 2. l. 8.... Et si obtinuerit ut eam uxorem habere possit, precium dotis parentibus ejus, ut justum est, impleatur.

(1) *Legg. Ethelberth.* 80. Si ipsa prolem non pepererit, cognati bona habeant, *ipsa alimenta et dotem*. — *L. Burg.* t. XXIV. Si qua mulier, duntaxat Burgundia, post mariti mortem ad secundas aut tertias nuptias, ut adsolet fieri, fortasse transierit, et filios habuerit ex omni conjugio, donationem nuptialem, dum advivit, usufructu possideat. Post ejus mortem ad unumquemque filium, quod pater ejus dederat revertatur; ita ut mater nec donandi, nec alienandi de his rebus, quas in donatione nuptiali accepit habeat potestatem. — Si forte mulier illa filios non habuerit, quidquid ad eam de donatione nuptiali pertinet, post mortem mulieris, medietatem parentes ejus, medietatem defuncti mariti donatoris parentes accipiant.

(2) *L. Alam.* t. LV. 1. Si quis liber mortuus fuerit, et reliquit uxorem sine filiis aut filiabus, et de illa hereditate exire voluerit nubere sibi alio coæquali, sequatur eam dotis legitima, et quidquid parentes ejus legitime placitaverint. — *L. Baju.* t. XIV. 6. 7.... Mater vidua..., si ad alias nuptias forte tran-

Que si elle mourait sans enfants, ou qu'elle leur survécût, la législation variait sur la préférence à donner aux héritiers du mari ou à ceux de la femme. Les uns voulaient que la dot appartint dans tous les cas aux héritiers du mari (1); les autres donnaient la moitié aux parents de la femme et l'autre moitié aux parents du mari (2). Chez les Wisigoths, une loi de Chindaswinde permit à la veuve qui n'avait point d'enfants de disposer de sa dot par testament (3); mais c'est là, comme beaucoup d'autres textes de la loi des Wisigoths, une inspiration toute romaine. Les Ostphales et les Angrariens, qui faisaient partie de la confédération des Saxons, établissaient à cet égard une distinction : la jouissance de la dot, dans tous les cas, était garantie à la veuve, sa vie durant; mais, si elle n'avait point eu d'enfants de

sierit..., si habet proprias res, cum dote sua quam per legem habet, egrediatur. — L. Burg. t. LXII. Mulier, si ad alias nuptias transierit, omnia perdat, dote tamen sua quam à marito suo acceperat, quamdiu vixerit, utatur, filio proprietate servata.

(1) *L. Saxon t. vin...* Apud Westfalaos, postquam mulier filios genuerit, dotem amittat; si autem non genuerit, ad dies suos dotem possideat. Post decessum ejus dos ad dantem, vel si deest, ad proximos hæredes ejus revertatur.

(2) *L. Burg. t. xxiv. 2.* Si forte mulier illa filios non habuerit, quidquid ad eam de donatione nuptiali pertinet, post mortem mulieris, medietatem parentes ejus, medietatem defuncti mariti donatoris parentes accipiant. — Un texte de la Loi Samarique, inédit jusqu'ici, retrouvé et publié par M. Pertz, décide que les parents de la femme hériteront des deux tiers de sa dot, et les parents du mari du tiers seulement. (Pertz, *monument.* iv. p. 4.)

(5) *L. Wisig. l. iii. t. 1. l. 8.*

son mariage, la dot retournait aux héritiers du mari; si elle en avait eu et qu'ils fussent morts avant elle, la dote restait à ses propres héritiers (1).

Un texte récemment découvert par M. Pertz (2), nous a révélé une particularité curieuse observée chez les Francs et restée inconnue jusqu'ici. On savait déjà par le *pactus antiquior*, et par la révision de Charlemagne, que celui qui recherchait une veuve en mariage devait payer à l'un des parents du premier mari trois sols et un denier, sous le nom de *reipus*, pour désintéresser la famille, et acquérir ainsi un droit de *mundium* sur la veuve (3); mais ce que l'on ne savait pas, c'est que la veuve elle-même, tout en conservant la jouissance de sa dot jusqu'à sa mort, était tenue de payer au père ou à la mère de son premier mari, et à leur défaut à son frère, ou au fils de son frère, et même au fisc en cas de prédécès de tous les ayant-droit,

(1) *L. Saxon. t. viii...* Ostfalai et Angrarii volunt, si femina filios genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiisque dimittat. — Si vero filii, matre superstite, moriuntur, ipsaque post obierit, dotem proximi ejus in hæreditatem accipiant. Si autem filios non habuerit, dos ad dantem, si vivit, revertatur; si defunctus est, ad proximos hæredes ejus.

(2) Pertz, *monument. t. iv. p. 3.*

(5) *Pact. Leg. Salic. antiq. t. XLVII, de reipus.* — Le *reipus* est aussi mentionné dans la loi des Saxons, t. viii. 3. Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus, consentientibus ad hoc propinquis ejus. — Nous croyons aussi qu'il existait chez les Lombards, et que c'est ainsi qu'il faut entendre, dans le § 74 du livre vi des lois de Luitprand, le mot *anagrip*, que Canciani, selon son habitude, néglige d'expliquer. — Du reste, dans l'édit de Rotharis, § 132, il n'est pas possible de s'y méprendre.

une somme proportionnée à l'importance de la dot ; et elle était censée acheter ainsi la paix de la famille. Si elle avait des enfants du premier lit, la dot, selon l'usage, devait leur revenir à sa mort ; si elle n'en avait pas, elle payait toujours le droit proportionnel, qui était du tiers de la dot, mais elle gardait le reste, après avoir pris neuf des parents du mort à témoin qu'elle laissait dans la maison conjugale un banc avec sa garniture, un lit avec ses couvertures et tous ses ornements, plus un certain nombre de sièges venus avec elle de la maison paternelle, lorsqu'elle la quitta pour la première fois.

Enfin un autre texte, publié aussi pour la première fois par M. Pertz, nous apprend que la disposition qui laissait à la veuve sans enfants la totalité de la dot après la mort de son mari, parut aux yeux des Francs ou trop libérale ou sujète à trop d'inconvénients ; ce qui les engagea à décider qu'à l'avenir, la dot serait partagée par portions égales entre la femme et les héritiers du mari ; et que, dans le cas où la femme décéderait la première, le mari pourrait encore retenir la moitié de la dot, et ne laisserait que l'autre moitié aux héritiers de la femme (1).

(1) *Chilperici regis edictum*. 4. Idemque convenit, ut quicumque uxorem acceperit, et infantes inter se non habuerint, vir uxorem suam superstitem, mortuus fuerit ; tunc illa mulier dimediam dotem accipiat, et dimediam partis defuncti marito ad se recolligant ; et si mulier sub tali conditione mortua fuerit, media maritus simili modo ad se revocet, et medietatem parentibus ipsius muliere ad se recolligant (Pertz, *monument*. t. iv. p. 40).

Du reste, le régime dotal était tellement dans l'esprit des institutions germaniques, que la loi des Ripuaires constitua d'office une dot de cinquante sols à la femme qui n'en aurait pas reçu à l'époque de son mariage (1), et que la loi des Wisigoths déclare qu'il ne peut exister de mariage légitime sans dot soldée ou convenue (2). C'était la condition indispensable pour acquérir sur la femme le droit de tutèle ou de *mundeburd* ; et si la femme venait à mourir, avant que cette obligation eût été remplie, toute sa succession revenait non à ses enfants ou à son mari, mais à ses parents (3).

Mais, en retour de la dot qu'elle recevait, il était rare que la femme n'apportât pas aussi quelque chose dans la maison de son époux. C'était déjà l'usage au temps de Tacite (4), et nous le retrouvons dans la loi barbare. C'est là en effet ce que la loi lombarde appelle *faderfum*, ou patrimoine (5). Sur quelle base le *fader-*

(1) *L. Ripuar.* t. xxxvii. 1. Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. Si autem per seriem scripturarum nihil ei contulerit, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat.

(2) *L. Wisig.* l. iii. t. 1. 9. Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum hoc evidenter præcesserit munus. Nam ubi dos nec data est nec conscripta, quod testimonium esse poterit in hoc conjugio dignitatem futuram, quando nec conjunctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum hunc comitatur honestas ?...

(3) *Legg. Luitprand.* vi. 191.

(4) Tacit. *Germ.* 18. Atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert.

(5) *L. Longob. passim.* — *Fader*, père, *fium*, bien.

sum était-il calculé, et dans quelle proportion se trouvait-il avec la fortune du père? Plusieurs textes nous portent à croire que cela était entièrement abandonné à la discrétion du père, ou en cas de prédécès du père, à celle des frères qui en tenaient lieu (1). Nul doute cependant que la part de la fiancée ne fût ordinairement en rapport avec la condition de la famille à laquelle elle appartenait; ce qui tempérerait l'arbitraire sans le supprimer. Nous aurons du reste occasion de revenir sur ce point en traitant de la succession.

C'est sans doute en considération de ce que la femme apportait à la masse commune, et des soins qu'elle se donnait pour la conserver et l'accroître, que la loi lui assure une part dans les profits du ménage. La loi des Ripuaires lui accorde le tiers des *conquêts* (2); celle des Saxons établit encore une distinction : les Westphales admettaient la femme au partage des bénéfices communs, les Angrariens et les Ostphales ne lui laissaient absolument que sa dot (3). Cette sévérité paraît avoir été plus con-

(1) *Edict. Roth.* 81. Si pater filiam suam, aut frater sororem suam legitimam alii ad maritum dederit, in hoc sibi sit contenta de patris aut fratris substantia, quantum ei pater aut frater in die nuptiarum dederit, et amplius non requirat — *L. Wisig.* l. iii. t. 1. l. 8.

(2) *L. Ripuar.* t. xxxvii. 2. Mulier, si virum supervixerit, tertiam partem de omni re quam simul collaboraverint, sibi studeat evindicare.

(3) *L. Saxon.* t. ix. *de acquisitis.* De eo quod vir et mulier simul acquisierint, mulier mediam portionem accipiat. Hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angrarios, nihil accipiat, sed contenta sit dote sua.

forme aux usages primitifs de la Germanie, que les tempéraments qui l'ont remplacée; et on remarquera que c'est chez les Ostphales, c'est-à-dire chez les peuples les plus éloignés du Rhin et des influences romaines qu'on la retrouve dans toute son âpreté, lorsque partout ailleurs elle avait été déjà adoucie par des usages contraires. On doit reconnaître la même influence dans quelques dispositions de plus en plus favorables aux droits long-temps méconnus de la femme, et qui tendent à augmenter considérablement son importance dans la famille. Ainsi la loi des Burgondes déclare que dans le cas où la mère réclamerait la tutèle de ses enfants mineurs, aucun autre parent ne pourrait lui être préféré (1). Il en était de même chez les Anglo-Saxons; mais sa gestion était placée sous la surveillance d'un parent du côté paternel (2). Chez les Wisigoths, la veuve non remariée mariait ses enfants de l'un et de l'autre sexe, et par conséquent en avait la garde (3). Chez les Burgondes elle conserve, sa vie durant, le tiers de toute la succession, si elle n'a point de fils

(1) *L. Burg.* t. lxxxv. *de pupillis.* Si mater tutelam suscipere voluerit, nulla ei parentela præponatur. — *Ibid.* t. lxx. *de nepotibus.* Nepos, amisso patre, cum rebus omnibus ad avi ordinationem vel sollicitudinem conferatur : ea tamen ratione, si mater ejus secundas nuptias crediderit eligendas. Ceterum si nubere, electa castitate, distulerit, filii cum omni facultate in ejus solatio et potestate consistent.

(2) *Legg. Lotharii II. et Eadrici,* 6. Si vir moriatur viventibus uxore et prole, justum est ut proles matrem sequatur, et unus paternorum suorum cognatorum voluntarius fidejussor statuatur facultates ejus conservandi, usque dum decennis fuerit.

(3) *L. Wisig.* iii. 7. Ut patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat.

ou qu'elle n'en ait qu'un (1); mais, nous le répétons, ces dispositions et toutes celles qui leur ressemblent ne sont que des adoucissements apportés à la rigueur primitive du droit germanique; car les Barbares aussi, quoi qu'on ait dit et écrit de nos jours, traitaient la femme avec assez de dédain, et ne lui assignaient qu'un rang tout-à-fait secondaire dans la famille. Tacite nous dit qu'ils les chargeaient, avec leurs vieillards et leurs enfants, du soin de leur maison et de leurs terres, en gardant pour eux-mêmes les nobles travaux de la guerre ou les plaisirs non moins nobles d'une dédaigneuse et fière oisiveté (2). Les traces de cet antique préjugé se retrouvent partout dans l'histoire des peuples du nord. Ainsi, la femme germanique, moins libre en cela que la femme romaine, ne dépendait jamais d'elle-même, et changeait d'état sans changer de condition. Du *mundium* ou de la garde de son père elle tombait dans celle de son mari, ou de ses frères même batards, ou de ses parents, ou du roi (4). La veuve qui ne pouvait ou ne voulait se remarier, retombait sous

(1) *L. Burg. t. XLII.* Si mulier, d-functo sine filiis conjugis suo, ad secunda vota non ierit, tertiam totius substantiæ mariti partem possideat; sic tamen ut post transitum ejus, ad legitimos mariti hæredes omnia revertantur. — *Ibid. t. LXII.* Filius unicus, defuncto patre, tertiam partem facultatis matri utendam relinquat; si tamen maritum alterum non receperit.

(2) Tacit. *Germ. 15.* Fortissimus quisque ac bellicosissimus nihil agens, delegata domus et penatium et agrorum cura feminis senibusque, et infirmissimo cuique ex familia, ipsi hebent. — *Ibid. 25.* Cætera domus officia uxor ac liberi exsequuntur.

(3) *Edict. Rothar. CLX.* Pro mundio vero suprascriptarum, tollant naturales filii tertiam partem; et hæredes legitimi aut curtis regia duas. — *V. etiam, CCV.*

la puissance de ses parents, et son *mundium* leur appartenait (1). Elle ne pouvait, dans tous les cas, ni donner, ni aliéner quoi que ce fût de ses biens meubles ou immeubles sans l'aveu de son *munduald* (2). C'est encore à lui qu'appartenait le droit d'estepouelle en justice (3), de lui choisir un époux; et la femme qui se mariait contre son gré ou sans sa permission, perdait par cela même tous ses droits à l'héritage paternel (4). Et voyez quelle énorme disproportion la loi met entre les obligations et les devoirs des deux époux! Le mari peut être infidèle autant de fois et à tel degré qu'il voudra, sans que la femme ait le droit de s'en plaindre. Il peut la renvoyer en lui donnant une seconde dot d'une valeur égale à celle qu'il lui a déjà donnée en l'épousant, et en payant au roi une amende de douze sols (5). Il peut encore, s'il le préfère, quitter la maison conju-

(1) *Ibid. 182.*

(2) *Ibid. 203.* Nulli mulieri liberæ sub regni nostri ditione, lege Longobardorum viventi, liceat in suæ potestatis arbitrio, id est sine mundio vivere, nisi semper sub potestate viri, aut potestate curtis regis permanere debeat; nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cujus mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi.

(3) *Luitprand. legg. VI. 59.* Si quis mulierem aut puellam, aut religiosam feminam, quæ in alterius mundio est, in sacramentum mittere præsumperit, componat *mundualdo* ejus soldi. 4.

(4) *Luitprand. legg. I. § 3.* Si filiæ aut sorores contra voluntatem patris aut fratris egerint, potestatem habeat pater aut frater judicandi res suas, quomodo aut qualiter voluerit.

(5) *L. Burg. t. xxxiv. 2.* Si quis uxorem suam sine causa dimiserit, inferat ei alterum tantum, quantum pro pretio ipsius dederat, et multæ nomine sol. XII. — Le t. LI renferme une disposition beaucoup plus sévère, mais postérieure.

gale, à la condition de n'en rien emporter (1). Que si la femme est coupable d'adultère, de maléfice, de violation de sépulture, elle est livrée à la justice, sans que le mari ait rien à payer (2). Si elle quitte d'elle-même et sans motifs légitimes la maison conjugale, qu'elle soit étouffée dans la boue (3).

La légende a exprimé tout cela avec sa poésie ordinaire (4).

(1) *Ibid.* 4. Sed si maluerit exeat de domo, rebus omnibus dimissis, et illa cum filiis suis his quæ maritus habuit, potitur.

(2) *Ibid.* 3. Si quis vir uxorem suam forte dimittere voluerit et ei potuerit vel unum de his tribus criminibus adprobare, id est, adulteram, maleficam, sepulchrorum violatricem, dimittendi eam habeat liberam potestatem, et iudex in eam, sicut debet in criminosam, proferat ex lege sententiam.

(3) *Ibid.* 1. Si qua mulier maritum suum, cui legitime juncta est, dimiserit, necetur in luto.

(4) *Vit. S. Ludgeri*, ap. Pertz, *Monument.* t. II. p. 406. Memorata Liaffburgh, cum nata esset, habebat aviam gentilem, matrem videlicet patris sui, abrenuntiantem omnino fidei catholicæ, quæ non nominanda in furorem conversa, eo quod prænominata conjux filias tantum genuisset, et filium viventem non haberet; misit lictores qui raperent eandem filiam, tunc natam, de sinu matris et necarent, priusquam lac sugeret matris; quia sic mos erat paganorum, ut, si filiam aut filium necare voluissent, absque cibo terreno necarentur. Lictores autem, sicut illis fuerat imperatum, rapuerunt eam et deduxerunt eam, et portavit eam unum mancipium ad situlam aqua plenam, cupiens eam in ipsam aquam mergere, ut finiret vitam. Sed miro omnipotentis dono actum est, ut puella, quæ necdum suxerat ubera matris, extensis brachioliis suis utraque manu apprehenderet marginem situlæ, renitens ne mergeretur. Hanc ergo fortitudinem tenerrimæ puellæ ex divina credimus actam prædestinatione, eo quod ex ea duo episcopi fuissent oriundi, sanctus videlicet Luitgerus et Hildigrimus.

« La mère de notre saint, lorsqu'elle vint au monde, » avait une aïeule dévouée au culte des faux dieux; » c'était la mère de son père. Cette femme abominable, » dont le nom ne doit pas même être répété, et qui » avait en horreur la foi catholique, entra en fureur de » ce que la jeune épouse n'avait encore donné le jour » qu'à des filles et n'avait pas encore élevé un seul fils. » Elle envoya donc des meurtriers avec l'ordre d'enlever » du sein maternel celle qui venait à peine de naître, » et de l'étouffer avant qu'elle eût sucé le lait de sa » mère; car c'était la coutume des païens, lorsqu'ils » avaient résolu de tuer un enfant, de le faire avant » que l'enfant eût goûté aucun aliment terrestre. Les » meurtriers, selon l'ordre qu'ils en avaient reçu, enlevèrent la petite fille et l'emportèrent; puis un esclave » la porta à un baquet tout rempli d'eau dans l'intention de la noyer. Mais, par un admirable bienfait du » Tout-Puissant, il arriva que la pauvre enfant, qui n'avait pas encore pressé le sein de sa mère, étendit tout-à-coup ses deux petits bras, et saisit avec les deux mains » le bord du vase, luttant ainsi de toutes ses forces » pour ne point y être plongée. Or, nous croyons fermement que cette force miraculeuse dans une si petite » créature fut un effet particulier de la providence de Dieu » qui la destinait à être mère de deux grands évêques ».

Mais c'est surtout dans le partage de la succession paternelle que cette infériorité de la femme éclate dans tout son jour. Nous touchons ici à l'une des questions les plus importantes et à l'un des problèmes les plus difficiles que présente le droit barbare. Et comme il comprend à la fois les choses et les personnes, la propriété et la fa-

mille, il est nécessaire qu'au préalable nous donnions la théorie de la propriété chez les Germains.

Nous l'avons vu, lorsque l'histoire pénétra pour la première fois avec César dans les forêts d'outre-Rhin, le principe de la propriété y flottait encore dans une vague indécision, entre la communauté des biens et la tendance plus avancée qui commençait déjà à les convertir en propriétés. L'état nomade avait cessé : la tribu était descendue de ses chariots de voyage, et demandait à la terre dédaignée, méprisée jusqu'alors, une partie de la nourriture qu'elle ne demandait autrefois qu'à ses troupeaux. La propriété mobilière est aussi ancienne que l'homme, et on peut dire qu'elle est née avec lui, tant elle semble inséparable de sa nature ; mais la propriété territoriale ne commence que lorsque la vie sédentaire a commencé, et lorsque l'instinct voyageur qui a entraîné l'homme si loin de son berceau se lasse de parcourir le monde, et aspire à se reposer enfin au terme de cette course laborieuse. C'est donc sur ce premier fondement que les sociétés viennent s'asseoir au sortir des agitations de la barbarie ; mais ce n'est qu'avec peine qu'il parvient lui-même à se soustraire à la mobilité qui les entraîne, et à se fixer à la base de l'édifice et au milieu des secousses incessantes qui menacent de le renverser. Ces luttes de la propriété naissante et cette longue élaboration du principe qui l'a consacrée, les lents efforts par lesquels il cherche à se dégager, et les retours soudains qui le ramènent brusquement au point de départ, l'équilibre momentané et les vicissitudes inattendues des forces contraires qui se le disputent ; tout cela se montre admirablement dans l'histoire des nations septentrionales et ne se dessine aussi nettement nulle part ailleurs. A Rome, lorsque l'histoire commence, la pro-

priété est déjà aussi individuelle et aussi sacrée, plus sacrée peut-être qu'elle ne le sera à aucune autre époque de son développement ; les révolutions de la place publique et celles qui chaque année s'affichent publiquement dans le nouvel édit du préteur, n'y introduiront, pendant des siècles, que des modifications secondaires. Là on ne peut que descendre le cours du fleuve ; c'est chez les Germains qu'il faut se transporter pour remonter jusqu'à la source.

« Ils s'occupent peu d'agriculture, nous dit César (1), et leur principale nourriture consiste dans le lait, le fromage, la chair de leurs troupeaux. Les propriétés fixes et limitées à la manière romaine y sont absolument inconnues. Ce sont les magistrats et les princes du peuple qui chaque année assignent, dans l'endroit où ils le veulent et dans la mesure qui leur convient, une étendue variable de terrain aux familles, et à certaines associations qui en ont tous les caractères. L'année suivante, ils les forcent à aller s'établir ailleurs ».

Nous avons vu qu'au siècle de Tacite rien encore n'était changé (2) ; la propriété territoriale n'était toujours qu'un usufruit qui finissait à chaque moisson. Dans l'intervalle qui s'écoule entre l'époque où Tacite écrivait et les dernières invasions des Barbares, une révolution immense s'est accomplie : la terre a passé à l'état de propriété, à la fois individuelle et permanente. C'est la forme sous laquelle elle se présente à nous dans les lois barbares. Non seulement la communauté a cessé, mais aussi cette rotation annuelle qui paraît en avoir déjà été une pre-

(1) Cæs. *comm.* vi. 22.

(2) Tacit. *Germ.* 26.

mière altération. Le principe de l'appropriation, dans la véritable acception du mot, a définitivement pris possession de la société; car il est question de haies et de clôtures pour séparer les héritages, de donations et de testaments pour les transmettre, d'amendes et de compositions pour les faire respecter. On vend sa propriété, on la donne, on l'échange, on l'affirme, on hérite. Et pourtant que d'indices qui prouvent qu'il n'en a pas été toujours ainsi, et comme il est facile encore de retrouver une à une toutes les phases que la terre a parcourues avant d'arriver à ce point! Et d'abord, quel luxe de pénalités pour mettre la propriété à l'abri, pour la couvrir et la faire accepter comme un droit! Que de précautions contre le vol, que de persécutions contre les voleurs! Défense de leur donner asile, fût-ce un père, un frère ou un fils (1); ordre de leur courir sus par bandes armées, et de les traquer de cantons en cantons comme des bêtes fauves (2). S'ils résistent et qu'on les tue, le fisc renonce à l'amende, et les

(1) *Karoli M. capitulare Bajuv.* a. 797. De latronibus, quicumque post missam sancti Joannis latroni mansionem dederit, si Francus est, cum duodecim juret, quod latronem eum fuisse non scisset, licet pater ejus sit, vel frater, vel propinquus. Si hoc jurare non potuerit, et ab aliquo convictus fuerit quod latronem in hospitio suscepisset, quasi latro et infidelis judicetur; quia latro est et infidelis noster et Francorum; et qui illum suscipit, similis est illi.

(2) *Decretio Childeberti regis* a. 593. — 42. Ut si una centena in alia centena vestigium secuta fuerit et invenerit, vel in quibuscumque fidelium notrorum terminis vestigium miserit, etc. — *Hludovici imperatoris II conventus ticiensis* a. 830. — 3 bis. Audivimus etiam quod quidam domos et possessiones habentes, concilient sibi atque consotient latrones aliunde venientes,

parents ne peuvent prétendre à la composition. Du reste, défense expresse d'acheter, de vendre ou d'échanger ailleurs qu'en public, devant témoins, sous peine d'être soupçonné de vol, et d'être traité en conséquence (1). On dirait que le principal effort du législateur se porte moins vers l'homme que vers la propriété, et qu'il est plus préoccupé du soin de protéger les biens que les personnes. C'est que la suprême difficulté fut de faire accepter le principe de l'inviolabilité de la propriété à des peuples parmi lesquels le principe de la communauté avait prévalu si long-temps. Le vol d'ailleurs avait été pendant des siècles la loi générale, et comme une des règles du droit public parmi les tribus d'outre-Rhin (2). Quoi d'étonnant que l'habitude ait été long-temps plus forte que les prescriptions du législateur? La terre et tout ce qu'elle contient, appartiennent au plus fort : c'est la maxime des peuples héroïques, et nous la trouvons à Sparte comme dans la Germanie. Et comme c'est l'usage qui individualise et *approprie* ce qui jusqu'alors avait appartené également à tout le monde, ce sera sur cette

eosque occulte foveant..... et quidquid ipsi ex pernicioso opere adquisierint, cum eis parciantur..... Ubicumque igitur in tali suspitione quilibet venerit....

(1) *Leg. Æthelr. regis*, 4. Et nullus homo faciat alterutrum, nec emat, nec permutet, nisi fidejussorem habeat et testimonium. Et si quis hoc fecerit, dominus terræ capiat et retineat rem illam, usque dum sciatur quis illud jure habeat. — *Leg. Æthelstani reg.* 42. Diximus de hoc, quod nemo mercatum mercetur extra portam supra xx. denarios; sed mercetur intra eam sub testimonio præfecti urbis, vel alius veracis hominis, vel deinde sub præfecti testimonio in conventu populi. — Et *alib. passim.* — V. *Leg. Rip.* t. LIX.

(2) *Cæs. Comment.* VI. Latrocinia nullam habent infamiam.

échelle que le législateur mesurera ses corrections et sa pénalité. L'amende sera plus ou moins sévère, selon que la chose sera plus ou moins consacrée par l'usage, plus ou moins appropriée aux besoins de l'homme, plus ou moins voisine de sa personnalité. De là les prix exorbitants attachés à la propriété mobilière chez les Germains, parce que la propriété mobilière a précédé dans la vie des peuples la propriété immobilière; parce qu'elle est d'un usage permanent, de tous les jours et de tous les moments; parce qu'elle tient plus intimement à l'homme; parce qu'elle est inséparable de sa personne. Ceci se voit bien dans les lois barbares. Les lois Salique et Ripuaire commencent la nomenclature des propriétés par les porcs, par le bétail grand et menu, les chiens de chasse, les chiens de garde, les éperviers, les milans et les faucons (1). Et voyez la progression! Il en coûte trois sols pour voler un épervier dans l'arbre, quinze pour le prendre sur la perche, quarante-cinq s'il se trouve dans un bâtiment qui ferme à clef (2). Il devient d'autant plus cher, qu'il est entré plus profondément dans le domaine de l'homme. Chose considérable! Cette règle de proportion que nous trouvons ici au berceau de l'ordre civil et politique, est celle sur laquelle s'appuient encore et s'appuieront éternellement les civilisations les plus avancées. La maison d'abord; car, là est le foyer domestique et l'asile de la famille (3); ensuite,

(1) *Pact. Leg. Salic. Antig.* tt. II. III. IV. V. VI. VII. — Voir surtout le curieux titre X. *Si damnum in messe, vel in quilibet clausura illatum fuerit.* — La loi est bien plus préoccupée du soin de protéger le bétail qui a commis le dégât, que la propriété de celui qui en a souffert.

(2) *Pact. Leg. Salic.* VII.

(3) *Ibid.* XVIII. 1. Si quis villam alienam adsallierit, M. CC.

et de proche en proche, tout ce qui sert aux besoins et aux plaisirs de l'homme. C'est à ce titre même que la propriété foncière est classée au dernier rang. Qui donc, dans cette perpétuelle agitation de la vie barbare, a le temps ou la patience d'attendre le retour mesuré des saisons et la lente révolution de l'année? La guerre est bien plus riche en profits faciles et en émotions enivrantes. Pourquoi d'ailleurs attendre longuement de la sueur de son front ce que l'on peut acquérir tout de suite au prix de quelques gouttes de sang (1). La terre, même à l'état de propriété, est encore si vile et si dédaignée, qu'on en abandonne la culture à des mains serviles: nul ingénu ne saurait y toucher sans déroger, et ce préjugé tout barbare s'élèvera avec le temps, dans les civilisations les plus florissantes, à la hauteur d'une institution sociale (2). On l'estime si peu qu'on la donne au premier qui la réclame (3), parce qu'on pense que tous les hommes y ont des droits égaux. C'est en vertu de ce principe qu'autrefois, lorsque l'empire était encore debout, les barbares avaient demandé et pris pour leur usage une portion du territoire qu'ils venaient

den. qui faciunt solidos xxx. culpabilis judicetur. — 2. Si quis villam adsallierit alienam, et ibidem ostia fregerit, canes occiderit aut hominem plagaverit, vel in carro aliquid exinde duxerit, VIII M. den. qui faciunt sol CC. culpabilis judicetur. — Il n'en coûte pas davantage pour tuer un homme.

(1) Tacit. *Germ.* 14. Nec arare terram, aut expectare annum tam facile persuaseris quam vocare hostes et vulnera mereri: pigrum quinimmo et iners videtur sudore acquirere, quod possis sanguine parare.

(2) *Vivre noblement*, disent les feudistes, c'est-à-dire vivre sans travailler. L'axiome a subsisté jusqu'en 1789.

(3) *Procop.*

d'envahir, ne s'imaginant pas que cette demande, toute simple et toute naturelle à leurs yeux, pût exciter quelque surprise ou trouver la moindre résistance dans l'esprit de ceux à qui elle s'adressait. Et en effet, nous l'avons vu, leur propre législation sur les *hôtes* était conforme à leurs prétentions. Non seulement il était défendu, sous peine d'amende, de refuser sa porte au voyageur tout en lui indiquant celle d'un autre (1); non seulement l'étranger était placé sous la protection de la foi publique (2), et il pouvait prendre partout où il arrivait l'eau, le bois et l'herbe nécessaires à lui et à sa suite (3); mais il lui était en quelque sorte loisible de se fixer partout où il voulait, et d'entrer en partage de la terre en s'y fixant, au même titre, du même droit, et dans la même proportion que les premiers occupants (4). Il suffisait, pour

(1) V. *supra*, p.

(2) L. *Bajuv.* l. III. c. 14. *De peregrinis transeuntibus viam.* — Nemo enim ausus sit inquietare vel nocere peregrinum; quia alii propter deum, alii propter necessitatem discerunt; tamen una pax omnibus necessaria est. — 2. Si autem aliquis tam præsumptuosus fuerit ut peregrinum nocere voluerit, et fecerit, aut despoliaverit, vel læserit, vel plagaverit, aut ipsum ligaverit, vel vendiderit, aut occiderit, et exinde probatus fuerit, centum sexaginta solidos in fisco cogatur exsolvere; et peregrino, si viventem reliquit, omnia injuria quod fecit ei, vel quod tulit, dupliciter componat sicut solet unum de infra provincia componere. — 3. Si autem eum occiderit, centum solidos auro adpretiatis cogatur exsolvere. Si parentes desunt, fiscus adquirat, et pro delicto hoc pauperibus tribuat, ut possitis propitium dominum habere qui dixit: *peregrinum et advenam non contristabis de suis rebus.*

(3) V. *infra*, p. 376-78.

(4) *Pact. Leg. Salic.* XLVIII. *De migrantibus.*

rendre sa possession définitive et son droit inattaquable, qu'une année entière se fût écoulée sans réclamations depuis son établissement (1). Ainsi la prescription qui, à une époque plus avancée, et lorsque la terre sera devenue plus précieuse aux yeux de son maître, ne s'établira qu'après trente années de possession continue et incontestée, s'acquiert chez les Barbares par un séjour d'une seule année. Et, ce qui prouve que ce n'était pas là une lettre morte, mais un principe, non seulement un principe mais un usage, c'est que nous trouvons longtemps après, sous Louis-le-Débonnaire, une disposition formelle qui l'abroge (2).

C'est une observation curieuse et digne, sous plus d'un rapport, des méditations des sages : ce dogme antique de la communauté de la terre, que nous trouvons en pleine vigueur chez les Germains de César et de Tacite, et dont ceux des lois barbares sortent encore à peine, a survécu en partie à la révolution nécessaire qui l'a détrôné, et il est facile d'en retrouver les traces dans les innombrables coutumes qui depuis ont régi la propriété en France et en Europe jusqu'à 1789. Ainsi, la loi des Burgondes déclare que, qui n'a point de forêt à lui, peut aller couper dans celle de son voisin tout le bois dont il a besoin, sans que

(1) *Ibid.* 2. Si quis vero admigravit, et ei aliquis infra XII. menses nullus testatus fuerit; ubi admigravit, securus, sicut alii vicini, consistat.

(2) *Hludowici 1 capitula legi salicæ addita a.* 849 : 9.... judicaverunt, ut nullus villam alienam migrandi gratia per annos tenere vel possidere possit; sed in quacunque die invasor illarum rerum interpellatus fuerit, aut easdem res quærenti reddat, aut eas, si potest, juxta legem se defendendo sibi vindicet.

personne puisse l'en empêcher (1). Un *præceptum* de Charles-le-Chauve, en faveur des Espagnols réfugiés sur ses terres, leur permet d'user librement et sans entraves, *selon l'antique usage*, de l'eau, des bois et des pâturages en quelque lieu qu'ils arrivent (2). Il n'est point jusqu'aux restrictions qu'on y met qui ne constatent le droit.

« Que les voyageurs, dit une loi des Wisigoths (3), ne soient pas empêchés de déposer leurs bagages dans les pâtures qui ne sont point closes, et d'y faire paître leurs bœufs ou leurs bêtes de somme; de telle sorte néanmoins qu'ils ne puissent rester plus de deux jours dans le même lieu, à moins qu'ils n'en aient obtenu la permission du propriétaire. Qu'ils ne puissent non plus couper par la racine les grands arbres ou ceux qui portent des fruits, si le maître de la forêt ne l'a expressé-

(1) *L. Burg. t. xxviii.* Si quis Burgundio aut Romanus sylvam non habeat, incidendi ligna ad usus suos de jacentibus et sine fructu arboribus in cujuslibet sylva habeat liberam potestatem, neque ab illo cujus sylva est, repellatur.

(2) *Præceptum Karoli calvi pro Hispanis.* — 8. Simul etiam præcipientes injungimus.... liceat eis..., *secundum antiquam consuetudinem*, ubique pascua habere, et ligna cædere, et aquarum ductus pro suis necessitatibus, ubicumque pervenire poterint, nemine contradicente, *juxta priscum morem*, semper ducere.

(3) *L. Wisig. l. viii. t. 5. l. 27.* Iter agentes in pascuis quæ conclusa non sunt deponere sarcinam, et jumenta vel boves pascere non vetentur: ita ut non in uno loco plusquam biduo, nisi hoc ab eo cujus pascua sunt obtinuerint, commorentur. Nec arbores majores vel glandiferas, nisi præstiterit sylvæ dominus, a radice succidant. Ramos autem ad pascendos boves non prohibeantur competenter incidere.

» ment permis; mais qu'on ne les empêche pas de couper les branches pour la nourriture de leurs bœufs ».

« Que celui qui est en voyage pour aller à l'ost ou au plaid, n'enlève rien à son pair, mais qu'il tâche d'obtenir par prières ou par argent, excepté l'herbe, l'eau et le bois. D'un autre côté, que nul ne lui refuse le coucher, si le temps en est venu (1) ».

« Si un Ripuaire enlève du bois de construction ou des bûches dans une forêt commune (à un Romain et à un Ripuaire), dans celle du roi ou celle d'un particulier, qu'il ne soit coupable que pour quinze sols, comme lorsqu'il s'agit de gibier et de poisson, car ce n'est pas là une véritable propriété; ce n'est que du bois. S'il nie, qu'il jure avec six autres (2) ».

Ces lois appartiennent déjà à une époque où le droit de propriété devenait de jour en jour plus exclusif; et pourtant on y voit encore les traces de la communauté primitive. Nous les retrouvons plus loin encore, au milieu du ix.^e siècle, dans un traité conclu entre le prince de Salerne et celui de Bénévent (3); et surtout dans un

(1) *Quicumque in itinere pergit, aut hostiliter vel ad placitum, nulla super suum parem prædat, nisi emere aut præcare potuerit, excepto herba, aqua et ligna; si vero talis tempus fuerit, mansionem nullus vetet (Pippini regis capitulare),* — publié pour la première fois par M. Pertz, t. iv. p. 14).

(2) *L. Rip. t. lxxxvi.* Si quis ripuarius in silva communi seu regis vel alienius locata materiam vel ligna fissa abstulerit, quindecim solidis culpabilis judicetur. Sic de venationibus vel de piscationibus; quia non res possessa est, sed de ligno agitur: aut si negaverit, cum sex juret.

(3) Et vos vestrumque populum liceat per terram meam transire..., absque homicidio, vel incendio et deprædatione..., excepta

document fort curieux, de la fin du XI.^e siècle, publié récemment par M. Guérard (1). Nous ne pouvons résister au plaisir de le transcrire ici.

« Au nom de la sainte et indivisible Trinité. Moi,
 » Hilduin vicomte, docile à la voix qui dit qu'il y a
 » une grande joie parmi les anges de Dieu pour un seul
 » pécheur qui se convertit; fais savoir à tous les fidèles
 » de la sainte église de Dieu, tant présents qu'à venir,
 » que je rends, conformément à l'antique usage et à un
 » droit immémorial, la pâture de ma terre aux troupeaux
 » de la celle Saint-Pierre de (Jociacensis), tant dans le
 » bois que hors du bois; de telle sorte qu'ils puissent y
 » pâturer à l'avenir, sans aucune opposition, hiver et été.
 » Je le fais pour le salut de mon ame et pour le repos
 » de celle de mon père Hugues qui, contre toute justice,
 » a introduit de son vivant la coupable coutume de re-
 » fuser l'herbe elle-même, que Dieu a créée pour l'usage
 » de tous les animaux, et qui ne craignit pas d'extorquer
 » pour la païsson une charrue ou des bœufs à titre de
 » redevance et de coutume. C'est pourquoi, à raison de
 » cette coutume mauvaise, que j'ai maintenue après lui,
 » je confesse avoir grièvement péché (2); et, du consente-
 » ment de mon frère Hugues, selon ma résolution, en
 » vue du bien de nos ames, j'en fais ici publiquement

herba, et ligua, et aqua, quas vobis non negabimus (Canciani, t. 1, p. 270).

(1) Cartul. de S. Père de Chartres, p. 172.

(2) Hanc pravam consuetudinem intulit, ut et herbam
 veteret quam Deus de terra jussit omnibus bestiis producere...
 pro hac consuetudine mala quam ipse post eum usurpavi, gra-
 viter peccasse confiteor.

» l'abandon. En foi de quoi je confirme cette charte de ma
 » propre main et avec le signe de la croix, et j'or-
 » donne que mon nom y soit apposé avec les noms de nos
 » fidèles ».

Est-il besoin d'ajouter que toute notre ancienne légis-
 lation sur les terres vaines et vagues se rattache au
 même principe et n'a pas une autre origine?

Il est donc certain que le principe de la communauté
 s'est maintenu, au moins par un débris, dans notre an-
 cienne législation; mais c'est surtout dans les dispositions
 des lois barbares sur les héritages et les successions que
 son influence se fait sentir. Essayons de porter quelque
 lumière dans ces ténèbres.

Long-temps après que la terre fut devenue une pro-
 priété transmissible par vente, donation, succession et
 hérédité, elle resta comme suspendue entre deux prin-
 cipes, entre deux tendances contraires qui se la disputaient.
 Elle touchait, d'un côté, à l'époque où elle appartenait
 encore à tout le monde, et d'un autre à celle où elle
 n'appartiendrait plus qu'à un seul; mais elle avait cessé
 d'être commune sans devenir pour cela une chose indivi-
 duelle. Dans cette ère de transition, qui lie le régime
 actuel de la propriété à celui où l'histoire nous la montre
 au berceau des nations germaniques, il n'y avait point de
 biens personnels, il n'y avait que des biens de famille.
 Tous les membres de la famille, sur toutes les branches
 et à tous les nœuds de l'arbre généalogique, étaient co-
 propriétaires à des degrés différents, mais en réalité au
 même titre. De là, les conséquences les plus extraordi-
 naires, mais les plus logiques et les plus rigoureuses :

1.^o La parenté était admise dans certains cas au par-

tailles (1). Après l'invasion, et au milieu des riches plaines de la Lombardie, la terre s'est fixée comme la tribu, et elle ne change plus de maître comme autrefois, au retour de l'année; elle n'est même plus indivise, comme nous le verrons tout-à-l'heure; mais on touche encore au temps où elle l'était, et l'influence du vieux principe se fait sentir jusque dans les modifications qu'il a subies, et qui tendent à le renverser : les collatéraux, dans certains cas, sont encore placés sur la même ligne que les héritiers directs.

La loi des Lombards est la seule qui admette les *proximi* au partage de la succession concurremment avec les enfants, car les autres, dans leur état actuel, ne les y appellent qu'à défaut d'héritiers directs; mais il est facile de voir que c'est là l'esprit primitif des institutions germaniques (2). La solidarité d'intérêt qui liait tous les membres de la famille et qui s'étendait, comme nous allons le voir, à tous les actes de la vie civile, l'indivisibilité primitive de la portion de terre qui leur était assignée, indivisibilité qui n'avait point encore cessé au siècle de Tacite, tout nous porte à croire que la succession des proches, en concurrence avec les enfants, a été l'une des phases que la transmission de

(1) Tacit. *Germ.* 7. Non casus nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit, sed familiæ et propinquitates.

(2) Cela est si vrai que l'on en trouve encore des traces chez les Francs et les Lombards. *Edictum Chilperici regis* ap. Pertz, t. iv. p. 10... ut si quis cum vicinis habens aut filios aut filias, post obitum suum..., filii terra habeant. — Et à défaut de fils ou de filles, *frater terras accipiant, non vicini*. — Childebart, après avoir consacré le droit de *représentation* en faveur des petits-fils, se croit obligé d'ajouter : *de illos tamen nepotes istud placuit observari qui de filio vel filia nascuntur, non qui de fratre*.

la propriété germanique a dû parcourir avant d'arriver à la succession exclusive de ceux-ci. Il existe d'ailleurs dans la loi Salique certaines dispositions qui se rattachent évidemment à ce vieil usage, et qui ne peuvent s'expliquer que par lui. Il suffit de citer le titre 61, de *chrenecruda*. Le débiteur insolvable peut rejeter sa dette sur les épaules de ses quatre plus proches parents avec la poussière ramassée aux quatre angles de sa maison, et les rendre responsables pour lui (1). C'est qu'en effet tous les membres de la famille étaient originairement co-propriétaires d'une propriété essentiellement indivise, et, par une conséquence naturelle et nécessaire, co-débiteurs envers les créanciers. C'est pour cela que dans les actes de vente, de donation et d'échange, le consentement de tous les parents, au moins dans les degrés les plus proches, était requis et mentionné, comme le prouvent encore tous les cartulaires qui sont parvenus jusqu'à nous. C'est pour cela encore que le testament était inconnu aux Germains (2).

(1) *Pact. Leg. Salic. Antig.* t. LXI. — 1. Si quis hominem occiderit, et in tota facultate non habuerit unde totam legem impleat, duodecim juratores dabit quod nec subtus terram, neque supra terram plus de facultate habeat quam donavit. Et postea debet in casam suam intrare, et de quatuor angulis terræ pulverem in pugno colligere, et postea in duropello stare, et intus casam cupitare debet, et sic de sinistra manu trans suas scapulas jactare super proximiores parentem. Quod si jam pater, aut mater, seu frater pro ipso solverunt, super sororem tunc matris, aut super ejus filios debet illam terram jactare. Quod si isti non fuerint, super tres de generatione patris et matris qui proximiores sunt..., etc.

(2) Tacit. *Germ.* 20. Heredes successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum.

Ce fut Luitprand qui l'introduisit chez les Lombards (1), Gondebaud chez les Burgondes (2); et dans la loi des Angles et des Varins on parle du pouvoir de tester comme d'une conquête ou d'une concession toute récente (3). Enfin, c'est pour le même motif que le mari ne pouvait donner en *morgengab* à sa femme qu'une portion déterminée de son bien (4), et qu'il lui était défendu de donner autre chose que le *morgengab* (5), que les donations entre époux qui n'avaient ni enfants ni espoir d'en obtenir, étaient complètement étrangères à l'esprit primitif du droit germanique, et qu'elles ne furent tolérées dans la suite qu'à titre d'usufruit en faveur du survivant, et sous la condition expresse qu'à la mort du dernier conjoint, le bien retournerait aux héritiers naturels (6).

Mais si le testament était inconnu aux Barbares, la donation, dans l'acception réelle du mot, l'était aussi; et, par le même principe. Dans leurs idées, et même dans leurs usages, toute donation (*thinx*) supposait un retour (*launechild*); et s'il n'y avait pas de retour, la donation était nulle (7). Il n'y avait d'exceptions que pour

(1) Luitprand. *legg.* I. 6.

(2) *L. Burg.* t. I.

(3) *L. Anglor. et Werin.* t. XIII. de *potestate testandi*. Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere.

(4) Luitprand. *legg.* II. — 4. *Legg. Wisig.* III. 3.

(5) *Ibid.* VI, 49.

(6) *L. Rip.* XLVIII. Quod si adfatus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum qui parem suum supervixerit in elemosyna vel in sua necessitate expenderit. — V. *L. Wisig.* I. IV. t. 2. l. 11.

(7) Luitprand. *legg.* VI. 19.

les dons faits à l'église, aux établissements de charité (1) ou au roi (2). Un père qui avait un ou plusieurs fils ne pouvait disposer de son bien, que dans trois circonstances : 1.^o s'ils avaient conspiré contre sa vie; 2.^o exercé des sévices sur sa personne; 3.^o déshonoré sa femme (3). Si après donation faite, il lui naissait un fils, la donation était nulle de plein droit (4). S'il ne lui naissait qu'une fille, elle n'était annulée que pour un tiers (5); s'il lui en naissait deux ou davantage, elle l'était pour la moitié (6); s'il avait déjà une fille non mariée, il ne pouvait donner que les deux tiers (7).

Bien plus, un père n'était pas toujours libre de donner son bien; et plusieurs textes tendent à prouver qu'il n'était que co-propriétaire avec ses enfants, et pour une part égale à celle de chacun d'eux :

« Si un homme libre veut donner ses biens à l'église » pour le salut de son âme; qu'il ait la liberté de disposer de sa part, quand il aura partagé avec ses » fils (8) ».

« Si un Burgonde a des fils, il pourra, après avoir » donné à chacun sa part de l'héritage, disposer libre-

(1) Luitprand. *Legg.* VI. 19.

(2) *L. Saxon.* XV. de *traditionibus*.

(3) *Edict. Rothar.* 168-169.

(4) *Edict. Roth.* 171.

(5) Luitprand. *Legg.* VI. 11.

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) *L. Baju.* t. 1. Si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad ecclesiam pro redemptione animæ suæ, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit.

» ment par donation ou par vente de ce qu'il se sera ré-
servé (1) ».

« Après examen plus attentif de la matière des suc-
cessions, nous avons décidé que si un père a partagé
son héritage avec ses enfants, et qu'ensuite un de ses
fils vienne à mourir avant lui sans laisser lui-même
de fils; le père jouira seul, à titre d'usufruit, de toute la
portion du défunt (2) ».

Mais s'il n'était pas toujours loisible à chacun de
donner son bien à qui bon lui semblait, il ne l'était
pas davantage de le vendre; et il fallait pour cela des
motifs suffisants; par exemple, si l'on était pressé par
la faim, et pour échapper à la mort (3). Bien plus,
dans ce cas même on était dans l'obligation de donner la
préférence aux membres de sa famille en commençant par
les plus proches, et on ne pouvait vendre à l'étranger que
sur leur refus (4).

(1) *L. Burg. t. xxiv.* — 5. Si quis Burgundio filios habet,
tradita filiis portione, de eo quod sibi reservavit, donare aut
vendere cui voluerit, habeat liberam potestatem.

(2) *L. Burg. t. lxxviii.* De hereditatum successione adtentius
pertractantes statuimus, ut si pater cum filiis partem suam di-
viserit, et postea mori filium vivo patre contigerit sine filiis, pater
facultatem filii integram usufructuario jure vindicet portionem.

(3) *L. Saxon. xv.* — 5. Nisi forte famis necessitate coactus,
ut ab illo qui hoc acceperit, sustentetur, mancipia liceat illi
dare ac vendere.

(4) *L. Saxon. t. xvii. de exulibus.* Liber homo qui sub tu-
tela nobilis cujuslibet erat, qui jam in exilium missus est; si
hæreditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat
eam primo proximo suo. Si ille emere noluerit, offerat tutori
suo, vel ei qui tunc a rege super ipsas res constitutus est. Si
nec ille voluerit, vendet eam cuicumque voluerit.

De là toute la jurisprudence de nos vieux feudistes
le retrait lignager et le retrait féodal (1).

Il faut remarquer toutefois que cette limitation appor-
tée au droit de donner et de vendre ne concernait que
le patrimoine proprement dit, c'est-à-dire l'héritage qu'on
avait reçu de ses ancêtres et qu'à ce titre on devait
transmettre à ses enfants. Mais il n'en était pas de même
des acquêts, de quelque source qu'ils provinssent. C'étaient
là des biens *personnels*, les seuls, en quelque sorte,
que l'ancienne loi germanique ait reconnus; et chacun
pouvait en disposer librement (2). C'est la fameuse dis-
tinction de Guillaume-le-Conquérant sur son lit de mort;
il laissa la Normandie à Robert son aîné, parce qu'il
l'avait lui-même reçue de son père; mais il donna l'An-
gleterre à Guillaume son cadet, parce qu'il ne la devait
qu'à son épée.

Nous avons dit plus haut que tout cela était une con-
séquence naturelle et nécessaire de la solidarité qui unis-
sait tous les membres de la famille dans les principaux
actes de la vie civile. Et en effet, la famille était une,
non seulement vis-à-vis d'elle-même et dans sa compo-
sition intérieure, mais aussi au dehors et dans ses rap-
ports avec les étrangers. Chacun de ceux qui en faisaient
partie répondait de tous les autres dans toutes les circons-
tances; et nul ne pouvait ester en justice, sans que toute

(1) Voir sur la distinction, Laferrière, *Histoire du Droit
français*, t. 1. p. 143-48.

(2) *L. Burg. t. 1.* presenti constitutione decrevimus ut patri,
etiam antequam dividat, de communi facultate et de labore
suo cuilibet donare liceat, *absque terra titulo sortis adqui-
sita, de qua prioris legis ordo servabitur.*

sa parenté y figurât avec lui ; payer ou recevoir le *Wirigeld*, sans qu'elle fût appelée à participer aux conséquences, telles quelles, du jugement. Ainsi, lorsque le serment était déferé aux parties, c'était dans la famille que les *conjuratores* devaient être choisis de préférence ; de telle sorte que les plus proches étaient aussi les premiers en ligne, et que les plus éloignés n'étaient requis qu'à leur défaut. C'est ce que nous pouvons conclure d'une disposition curieuse de la loi des Burgondes, unique, il est vrai, dans son espèce, parce qu'elle est restée sous ce rapport plus près de l'antiquité que les autres codes barbares, mais qui n'en est pas moins la fidèle expression de ce qui se pratiquait généralement parmi les Germains, avant et même après la conquête (1).

« Si un ingénu, tant Romain que Barbare, est soup-
 »onné de quelque crime ; qu'il prête serment et qu'il
 » jure avec sa femme, ses fils et douze de ses plus
 » proches. Que s'il n'a ni femme, ni fils, mais son père ou
 » sa mère, que son père ou sa mère complète le nombre
 » fixé. S'il n'a ni père ni mère, qu'il prête le serment
 » avec ses douze plus proches ».

Et de même que la propriété appartenait dans une certaine mesure à chacun des membres, mais à des degrés différents ; de même aussi la *composition* était partagée entr'eux et dans une proportion analogue :

(2) *L. Burg.* t. viii. Si ingenuus per suspicionem vocatur in culpam, tam Barbarus quam Romanus, sacramenta præbeat, et cum uxore et filiis et propinquis sibi duodecim juret. Si vero uxorem et filios non habuerit, et patrem aut matrem habuerit, cum patre aut matre numerum impleat designatum. Quod si nec patrem nec matrem habuerit, cum duodecim proximis impleat sacramentum.

« Si quelqu'un a tué un ingénu, et que la chose ait
 » été prouvée, il doit *composer* avec les parents suivant
 » la loi. La moitié de la composition appartient aux fils.
 » De l'autre moitié ils prendront encore la moitié, de
 » telle sorte qu'il ne reste plus que le quart. Quant à
 » ce quart, il est dû aux proches parents, trois du côté
 » paternel et trois du côté maternel. Si la mère ne vit
 » plus, la moitié de la composition appartiendra toujours
 » aux parents, trois du côté paternel et trois du côté
 » maternel (1) ».

On voudra bien remarquer que cette participation des parents paternels et maternels à la *composition* due pour le meurtre de leur parent, a lieu, non pas à défaut d'héritiers directs et légitimes, mais concurremment avec eux, comme naguère dans la question du partage. Cela tient, d'un côté, aux principes généraux qui réglaient les rapports domestiques des divers membres de la famille, et que nous avons déjà expliqués, d'un autre, à l'obligation imposée à tous et à chacun de poursuivre la vengeance légale contre le meurtrier. Cette obligation n'était pas particulière aux fils du défunt, comme on l'a cru quelquefois ; elle était commune à tous les mâles qui

(1) *Childeberti regis capitula ad legem Salicam* (ap. Pertz, t. iv. p. 6.) Si quis hominem ingenuum occiderit, et ei fuerit adprobatur, parentibus debeat secundum legem componere. Media compositione filius habere debet. Alia medietate exinde ei debet, ut ad quarta de leude illa adveniat. Alia quarta pars parentibus propinquis debet; id est tres de generatione patris, et tres de generatione matris. Si mater viva non fuerit, media parte de leude illa parentes inter se dividant; hoc est tres de patre proximiores et tres de matre (le reste m'a paru inintelligible).

étaient compris dans les limites de la parenté légitime, et qui, à ce titre, avaient des droits à la succession et au partage du *wirigeld*. Nous disons à tous les mâles, car en ceci il n'est pas question des filles; et nous verrons tout-à-l'heure quelle était leur place dans l'ensemble de ce système. Dans le cas spécial qui nous occupe, elles étaient exclues, parce que la faiblesse de leur sexe les rendait inhabiles à poursuivre la *faida*, les armes à la main; car la *composition* appartenait de préférence à ceux qui pouvaient y forcer le coupable par le *déf.* Et cela est si vrai que lorsque Luitprand eut exclu les *proximi* de toute part à la succession, contrairement à ce qui s'était pratiqué jusqu'alors (1), il leur laissa néanmoins la *composition* à l'exclusion des filles, dans le cas où le défunt n'aurait point de fils (2), parce qu'alors les *proximi* se trouvaient seuls chargés du soin d'assurer la vengeance légale.

En effet, l'obligation de poursuivre la *faida* et le droit de participer au bénéfice de la *composition* étaient deux choses inséparables; à tel point que celui qui se dispensait de l'une renonçait à l'autre par cela même. Bien plus, on perdait tous ses droits à la succession d'un parent, quand on négligeait de venger sa mort. Nous en trouvons la preuve dans l'histoire si connue de Sadragi-sile. Enfin (et ceci est encore une conséquence très-logique du même principe, conséquence que notre code civil a gardée en répudiant toutes les autres), tous ceux qui avaient droit à une part déterminée de la succession

(1) Luitprand. *legg.* I § 3.

(2) *Ibid.* n. 7. 8.

et au partage de la *composition*, étaient solidairement responsables de la totalité des dettes, et en général de toutes les obligations du défunt (1).

Mais cette solidarité de la famille tendit à se relâcher de plus en plus, à proportion que la vie de famille, au milieu de laquelle elle avait pris naissance, tendit elle-même à se fondre au sein d'une association moins intime et plus étendue. A mesure que les liens, d'abord si faibles et si rares, qui rattachaient les *gentes* à la tribu, devinrent à la fois plus forts, plus serrés et plus nombreux; les liens qui unissaient entr'eux les divers membres d'une même parenté, durent se détendre pour ainsi dire dans la même proportion. L'esprit de famille perdit d'un côté tout le terrain que l'esprit public gagna de l'autre; les antiques associations commencèrent à se dissoudre du moment que l'Etat commença à se former. Mais c'est surtout à la législation canonique et aux sévères prohibitions de l'Eglise en matière de mariage qu'il faut attribuer ce résultat. En effet, l'indivisibilité primitive de la terre chez les Germains, ainsi que toutes les conséquences légales qui en découlaient, semblent n'avoir été elle-même qu'une conséquence de la promiscuité originaire des femmes entre tous les mâles qui habitaient sous le même toit. C'était la coutume bretonne; César le dit formellement (2) : c'était aussi, à

(1) *L. Rip. t. LXVII.* Si quis moriens debitorus, aut testamenta traditionis seu venditionis aliqua fecerit; si filios aut filias non relinquerit, quicumque de parentibus suis, quantum unus solidus valet, in hereditatem acceperit, vel cui weregildus ejus, si interfectus fuisset, legitime obveniebat, omne debitum per ipsum solvi judicatur. Et omne factum ejus idoneare studeat, aut culpam incurrat. — *V. Leg. Salic. t. LXI. de chrenecruda.*

(2) *Cæs. Comment. VI.*

coup sûr, la coutume des Germains à une époque donnée de leur histoire (1). Or l'Eglise, occupée de cette lente et laborieuse épuration des mœurs antiques, corrompues par la barbarie ou par une civilisation dépravée, dut songer d'abord à sanctifier les liens de famille, en proscrivant le mariage entre parents. Elle emprunta pour cela à la loi romaine ses rigoureuses dispositions sur les incestes, et y joignit les malédictions et les terreurs de ses propres anathèmes. Ce fut le premier coup porté au vieil esprit de la famille germanique. L'équité naturelle et la loi civile firent le reste.

Nous croyons avoir démontré :

1.^o Que la famille germanique était essentiellement bornée, et qu'elle différait non moins essentiellement en cela de la famille celtique qui n'avait point de bornes ;

2.^o Que chaque famille constituait un véritable gouvernement, dont le gouvernement de la tribu n'était que la reproduction sur un plan plus étendu, et que tous les pouvoirs de ce petit état se résumaient dans le *mundium*, c'est-à-dire dans le droit de tutelle ou patronage ;

3.^o Que le *mundium* entraînait pour le chef de la famille, qui en était revêtu, l'obligation de répondre de tous ceux qui en faisaient partie ;

4.^o Que ce système de responsabilité individuelle et

(1) Il suffit, pour s'en convaincre, de voir avec quelle insistance les lois barbares prohibent les unions illégitimes : évidemment le vice était dans les mœurs. — Ut nullus de crinosis incestum usum sibi societ conjugio, hoc est, nec fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patris sui aut parentis consanguinei. Si quis uxorem patris acceperit, mortis periculum incurrat. (*Decret. Childebert. Reg. a. 593.*) et *alias passim*. V. etiam. *Leg. Alam. t. 59. Leg. Salic. xiv. 12.*

collective était général chez les Germains, et qu'il passa de la famille à tous les degrés de l'ordre civil et politique.

5.^o Que l'institution de la dote et l'achat de la femme par le sol et par le denier n'avaient pas d'autre objet que de placer l'épouse dans le *mundium* du mari ;

6.^o Que le régime dotal, et en général tout ce qui se rapporte à la condition de l'épouse dans la famille, avant et pendant son mariage comme après sa dissolution, se lie au système général des Germains sur le *mundium*, et par conséquent sur le principe de responsabilité qui en formait la base.

7.^o Que tous les caractères de la propriété germanique découlent du principe qui présidait à la constitution de la famille, et à la solidarité qui liait tous les membres dont elle se composait ;

8.^o Que lorsque la *communauté* primitive des biens eut fait place au principe de la *propriété*, la propriété fut collective avant d'être individuelle, et qu'elle appartenait moins au père qu'au père et aux enfants, moins au père et aux enfants qu'à la parenté, c'est-à-dire à tous les membres de la famille dans sa plus grande extension.

9.^o Que cette *communauté* de la terre, restreinte d'abord aux limites de la *parenté*, mais non encore renfermée dans celle de la *famille*, n'était à son tour qu'une conséquence de la solidarité qui liait chacun des parents à tous les autres, solidarité qui se révèle surtout dans les dispositions sur la composition et la *faida*.

Il nous reste à examiner de quelle manière la propriété se transmettait par succession, et dans quel ordre les divers membres de la famille étaient rangés sur cette échelle.

T. 3.

J. M. LEHUÉROU.

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Séance du 28 mai 1842.

L'Académie avait proposé un prix sur la question suivante :

« Tracer l'histoire du droit de succession des femmes
» dans l'ordre civil et dans l'ordre politique, chez les
» différents peuples de l'Europe, au moyen-âge ».

Le prix a été décerné à l'unanimité à M. Edouard Laboulaye, auteur du mémoire n. 1, portant pour épigraphe :
Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire
(Montesquieu, Esprit des Lois).

C'est le second succès académique de notre honorable collaborateur; l'académie des inscriptions et belles-lettres a couronné en 1838 son *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*.

Nous espérons pouvoir bientôt donner quelques fragments du nouveau mémoire couronné, ou du moins en rendre compte, si l'ouvrage, comme nous l'espérons, est livré à l'impression.

L'académie a proposé diverses questions dont deux méritent de fixer l'attention des hommes qui explorent l'histoire de nos institutions :

1.^o Pour le concours de 1844 :

« Retracer l'histoire des États-Généraux en France depuis
» puis 1302 jusqu'en 1614; indiquer le motif de leur
» convocation, la nature de leur composition, le mode de
» leurs délibérations; l'étendue de leur pouvoir; déterminer les différences qui ont existé à cet égard entre ces
» assemblées et les parlements d'Angleterre, et faire con-

» naître les causes qui les ont empêchées de devenir,
» comme ces derniers, une institution régulière de l'ancienne monarchie. »

2.^o Pour le concours de 1845 :

« Faire connaître la formation de l'administration monarchique depuis Philippe-Auguste jusqu'à Louis XIV
» inclusivement; marquer ses progrès; montrer ce qu'elle
» a emprunté au régime féodal; en quoi elle s'en est séparée; comment elle l'a remplacé. »

Ces deux questions contiennent, en grande partie, l'histoire de notre ancien droit public et administratif.

L'académie qui les propose montre tout son désir de donner à cette branche du droit historique une vive impulsion.

Nous recommandons les ouvrages suivants :

Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou *encyclopédie juridique*, par M. Falek, professeur de droit à l'université de Khel, traduit de l'allemand sur la 4.^e édition et annoté par M. Pellat, professeur à la faculté de droit de Paris. — Thorel, 1 vol., 7 fr. 50.

Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du code civil, par M. Hennequin. — Videcoq.

Dictionnaire des temps légaux, — répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence, concernant principalement les prescriptions, péremptions, déchéances, délais, dates, durées, âges requis, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative, disposée en tableaux synoptiques et par ordre alphabétique de matières, par J. B.

Souquet, avoué près le tribunal civil de Saint-Girons (Ariège). — Hingray.

Jurisprudence parlementaire. — Recueil des lois, ordonnances, règlements, discussions, opinions, documents, précédents relatifs aux attributions des chambres législatives, à leur composition et au mode d'exercice de leurs pouvoirs, par Alphonse Grun, avocat à la Cour royale de Paris, rédacteur en chef du *Moniteur*. — Hingray, grand in-8.^o à deux colonnes, 12 fr. le vol.; 5 à 6 livr. forment un vol.

Rennes, juin 1842.

DISSERTATION HISTORIQUE ET PHILOSOPHIQUE

SUR LE DROIT DE SUCCESSION, SOIT LÉGITIME,
SOIT TESTAMENTAIRE.

Le droit de succession, soit légitime, soit testamentaire, réfléchit, mieux que toute autre partie de la législation civile, l'état social des peuples, leur constitution politique, leurs mœurs, leurs tendances, le sort de la propriété, et les divers caractères qu'elle peut tour à tour revêtir.

L'histoire raisonnée de ce droit se confond avec l'histoire de la famille.

En interrogeant les vicissitudes que la famille a subies, et les lentes conquêtes qui se sont accomplies dans son sein au nom des lois éternelles de la nature, on croit voir se dérouler le tableau même des destinées de la grande société humaine dont elle est le type primitif et le plus parfait abrégé.

Il ne suffit pas d'expliquer la loi considérée dans son individualité actuellement vivante; il faut en demander sans cesse l'esprit à la raison universelle et à la raison relative.

Je veux donc montrer, dans les phases multipliées de la législation successorale, la raison universelle qui, pour consacrer les sentiments fondamentaux et les besoins constants de l'humanité, dominait les époques et les révolutions, tandis que la raison relative inspirait l'organisme secondaire adapté aux accidents divers qui marquent aussi la vie des nations.

Vico, le Napolitain illustre que son siècle ne comprit pas parce qu'il avait devancé son siècle, a exprimé cette belle pensée, que les détails les plus variés de l'histoire formaient plusieurs unités se rassemblant elles-mêmes dans une *unité générale*, celle de la *religion honorant une providence* (1).

On peut dire de même que les principes si variés qui, dans tous les temps, ont régi la transmission héréditaire des biens, se résument en cette haute vérité : le législateur honorant la famille.

Je vais donc rechercher dans les différents âges de la société romaine et de la société germanique la marche du droit de succession, et en raisonner les transformations progressives. De précieux enseignements ressortiront de cette étude; elle projettera une vaste lumière sur la loi actuelle. J'aurai aussi apporté aux principes d'ordre et de conservation, c'est-à-dire de sage développement, aujourd'hui attaqués par d'étranges sophismes, un nouveau tribut et un utile hommage.

Dans Rome primitive, la famille fut une monarchie domestique.

L'ascendant mâle paternel le plus ancien tenait toute sa descendance sous son pouvoir; il l'absorbait dans sa propre personne.

Ce pouvoir s'appelait l'empire, *imperium paternum*; plus tard, quand il s'affaiblit, il prit le simple nom de puissance, *patria potestas*.

Il était perpétuel; les descendants y étaient soumis à tout âge.

(1) *Oeuvres choisies de Vico*, traduites par M. Michelet; tome 2, page 263.

Le fils marié et père, mais soumis avec ses enfants et sa femme au pouvoir de son père ou de son grand-père, était *fils de famille* (*filiusfamilias*). L'enfant au berceau qui n'avait point d'ascendant paternel, qui n'était pas esclave, et sur qui, dès-lors, ne pesait aucun pouvoir, était *père de famille* (*paterfamilias*).

La puissance paternelle renfermait le droit de vendre les descendants; elle donnait sur eux le droit de vie ou de mort.

Elle s'étendait sur les biens; les descendants ne pouvaient rien posséder isolément, rien acquérir pour eux-mêmes. Ils acquéraient pour le chef de la famille.

Les individus et la fortune se condensaient ainsi dans une unité souveraine.

Ces liens énergiques étaient rompus par l'émancipation, véritable abdication de pouvoir, toute spontanée, toute volontaire. L'émancipation rendait à un descendant son individualité, comme l'affranchissement rendait à l'esclave sa liberté.

« L'état romain, jusqu'à une époque avancée de la république, a dit M. Edouard Laboulaye, n'a été vraiment qu'une fédération de familles, de petites sociétés indépendantes que le chef représentait seul au dehors, et dont au-dedans il était le magistrat, le pontife et le maître (1). »

(1) Mémoire sur le droit de succession des femmes au moyen-âge, couronné par l'académie des sciences morales et politiques en 1842; passage cité par M. Mignet, dans son rapport sur le concours où ce mémoire a été couronné, *Revue de législation et de jurisprudence*, 2.^e série, tome 6, page 34. — Les amis de la science ne peuvent désirer trop vivement la publication d'une œuvre qui a obtenu un tel hommage.

Cette organisation domestique était contre nature, et néanmoins il faut reconnaître qu'elle fut admirable selon les vues profondes de la providence. Ces rois absolus de la famille puisaient dans leur intérêt privé le sentiment de l'intérêt public; en défendant l'un, ils protégeaient, ils organisaient l'autre. Domptés par ce despotisme qui se faisait accepter comme relevant des puissances divines, les hommes se préparaient à obéir au gouvernement de l'état qui, plus tard, devait absorber à son tour les gouvernements particuliers.

Chaque famille conservait des statues habillées de manière à représenter exactement ses chefs qui étaient morts. L'autorité se survivait en quelque sorte à elle-même. Quand la puissance de fait n'existait plus, on croyait à la puissance morale; elle avait son culte et ses hommages. Un instant déplacées du sanctuaire domestique, les statues, *imagines majorum*, étaient processionnellement portées dans les solennités funèbres, et les générations éteintes semblaient commander encore aux générations vivantes.

Ce vieux souvenir de Rome nous transporte dans les manoirs féodaux du moyen âge, où les fiers barons aimaient à réunir les portraits de leurs aïeux, *imagines majorum*: noble religion de la famille, de ses souvenirs, de ses traditions, garantie de vertu et de courage; source des grandes choses, où la philosophie égoïste du dernier siècle, dépourvue de tout sentiment historique, n'a voulu voir qu'un puéril orgueil; lien mystérieux, qui, sous une autre forme, avec un autre esprit, reproduisait le passé dans le présent; sacré débris d'une institution féconde des premiers âges, qui, aujourd'hui, a pour dernier asile les palais dans lesquels sont conservés les portraits des rois, et les humbles

monastères où les figures vénérables des supérieurs s'offrent, rangées en ordre, au respect du voyageur attendri, *imagines majorum*!

Le premier système d'hérédité des Romains répond à leur organisation de la famille.

Il est tout entier renfermé dans ce texte de la loi des douze Tables : *Si intestato moritur, cui suus hæres non escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentilis familiam nancitor.*

Ainsi, trois ordres d'héritiers : 1.^o les héritiers *siens*; 2.^o l'*agnat* le plus proche; 3.^o le *gentil*.

Les héritiers *siens* étaient les enfants ou autres descendants, qui, en vertu du mariage (*justæ nuptiæ*) ou de l'adoption, se trouvaient sous la puissance *immédiate* du défunt au temps de sa mort (1).

Le fils excluait donc ses propres enfants.

Ceux-ci étaient héritiers *siens* de l'aïeul, lorsque leur père était mort le premier, ou bien lorsqu'il était sorti de la dépendance paternelle, et par conséquent de la famille, au moyen de l'émancipation. Alors, le père ne s'interposant plus entre les petits-fils et l'aïeul, les petits-fils étaient immédiatement sous la puissance de ce dernier.

Si le défunt avait laissé un fils et des enfants d'un autre

(1) La légitimation ne fut introduite que dans le nouveau droit. « Les premiers pères de famille ne savaient ce que c'était que la légitimation, parce qu'ils ne prenaient pour concubines que des affranchies ou des étrangères, avec lesquelles on ne contractait point de mariages solennels dans les temps héroïques, de peur que les fils ne dégénérassent de la noblesse de leurs aïeux ». (Vico, *Œuvres choisies*, traduites par M. Michelet; tome 2, page 505).

filz prédécédé, ces enfants venaient à la succession par représentation de leur père. Ils succédaient par souche (*in stirpes*) et non par têtes (*per capita*), c'est-à-dire qu'ils se divisaient la part qu'aurait eue leur père.

Les petits-enfants succédaient encore par souches, lorsque tous les enfants du premier degré étaient morts.

Les héritiers siens étaient ainsi nommés à cause de l'intimité juridique qui les avait confondus avec le défunt. Ils étaient les éléments survivants d'une unité rompue, les fractions d'un même tout; ils semblaient continuer plutôt que commencer à être propriétaires des biens qui composaient la succession.

Ils étaient en outre héritiers nécessaires (*sui et necessarii*). En d'autres termes, ils ne pouvaient pas ne pas être héritiers; il ne leur était pas permis de répudier l'hérédité.

C'était encore la conséquence de l'identification complète que la loi établissait entre eux et le défunt. Propriétaires à titre personnel, comment auraient-ils pu, par une renonciation, se soustraire à des charges qui procédaient en quelque sorte d'eux-mêmes?

Selon l'interprétation généralement admise, les filles succédaient *ab intestat* aussi bien que les fils. La loi des douze Tables les comprenait sous les mots *hæres suus*, en vertu de la règle d'après laquelle le genre masculin désigne aussi les femmes.

Cette opinion, empruntée aux jurisconsultes romains du dernier âge, est contestée par Vico, qui leur reproche d'avoir jugé de l'antiquité par leur temps.

Le sentiment de Vico, dont les écrits ne sont connus en France que depuis quelques années, repose sur une appré-

ciation profonde de l'époque *héroïque* à laquelle appartient la loi des douze Tables (1).

Le traducteur de Vico résume ainsi cette appréciation :

« La violence des héros ne connaissait qu'un seul frein : le respect de la parole. Une fois prononcée, la parole était pour eux sainte comme la religion, immuable comme le passé (*fas, fatum*, destin, de *fari*, parler). Aux actes religieux qui composaient seuls toute la justice de l'âge divin, et qu'on pourrait appeler *formules d'action*, succédèrent des *formules parlées*. Les secondes héritèrent du respect qu'on avait eu pour les premières, et la superstition de ces formules fut inflexible, impitoyable : *uti lingua nuncupasset, ita jus esto* (ainsi la langue aura prononcé, ainsi soit le droit) (2). Agamemnon a prononcé qu'il immolerait sa fille, il faut qu'il l'immole. Ne criions pas comme Lucrèce, *tantum religio potuit suadere malorum* ! (tant la religion peut enfanter de maux !) Il fallait cette horrible fidélité à la parole dans ces temps de violence; la faiblesse soumise à la force avait à craindre de moins ses caprices (3). »

« La preuve la plus forte en faveur de notre explication du droit héroïque, dit Vico lui-même, c'est qu'à Athènes,

(1) « Un homme patiemment endormi pendant un siècle et demi dans sa poussière, vient de ressusciter pour réclamer sa gloire ajournée; il avait devancé son temps. Quand l'ère des idées qu'il représentait est arrivée, elles ont été frapper à sa tombe et le réveiller. Je veux parler de Vico. » (Chateaubriand, préface des *Etudes historiques*).

(2) Douze Tables.

(3) Discours sur le système et la vie de Vico, placé en tête de la traduction de ses *OEuvres choisies*, par M. Michelet, page 36.

lorsqu'on prononça sur le théâtre le vers d'Euripide ainsi traduit par Cicéron,

Juravi linguâ, mentem injuratum habui.

J'ai juré seulement de la bouche, ma conscience n'a pas juré,

les spectateurs furent scandalisés et murmurèrent (1). On voit qu'ils partageaient l'opinion exprimée dans les douze Tables : *uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (2). »

Plus loin, il ajoute : « On a vu combien la jurisprudence héroïque s'attachait à la propriété des termes ; et, si l'on doutait que *suus* ne désignât pas exclusivement les fils de famille, on en trouverait une preuve invincible dans la formule de l'institution des *posthumes*, introduite tant de siècles après par *Gallus Aquilius* : *SI QUIS NATUS NATAVE ERIT* (si quelqu'un ou quelqu'une est né ou née). Il craignait que dans le mot *natus* (né) on ne comprît point la fille posthume (3). »

La position civile à laquelle les femmes étaient réduites chez les Romains, vient à l'appui de cette thèse.

Mariée, la femme était sous la puissance du même ascendant que son mari. Si son mari était affranchi de toute puissance, elle était soumise à celle du mari lui-même. Enfin, fille ou veuve, si elle n'était pas en puissance, elle était en tutelle. Cette tutelle était perpétuelle, *propter levitatem animi* (à cause de la légèreté de son esprit) (4).

(1) Un procès fut même intenté à Euripide, et Aristophane n'a pas oublié de le flageller dans ses *Grenouilles*.

(2) *OEuvres choisies* de Vico, traduites par M. Michelet, tom. 2, pag. 291 à 296.

(3) *OEuvres choisies* de Vico, traduites par M. Michelet, tom. 2, pag. 307.

(4) *Gaius, Comment.* 1. § 144.

Or, on comprend aisément qu'une femme ne fût pas appelée à recueillir, comme héritière, des biens dont elle ne devait jamais avoir la jouissance ni l'administration.

D'ailleurs, chez les Romains, il y avait une connexion intime entre la propriété et le pouvoir. La propriété s'appelait *dominium* (DOMAINE, de *dominus*, maître). Elle ne donnait pas seulement le bien-être, elle donnait l'empire et le commandement, comme aujourd'hui elle donne l'influence, unique reste de sa valeur primitive.

L'exclusion des femmes du patrimoine commun a dû être analogue à leur exclusion du commandement et des affaires publiques, jusqu'à l'époque où le développement du principe de la personnalité a commencé leur émancipation (1).

Il ne faut pas opposer ici le vœu de la nature. Il n'était pour rien dans le système d'hérédité de la loi des douze Tables. La famille formait une institution purement politique, un gouvernement. Les fils en puissance succédaient comme sujets de leur souverain, afin de devenir souverains à leur tour. Les fils émancipés ne succédaient pas ; ils étaient des étrangers. La raison universelle, un instinct du cœur, avaient bien révélé aux premiers Romains l'idée de perpétuité de la famille ; mais, obéissant à des vues providentielles, ils arrivaient à ce résultat par la concentration et la transmission du pouvoir. La civilisation ne commence pas, mais finit par le règne des lois de la nature.

À défaut d'héritiers siens, la succession *ab intestat* était dévolue aux *agnats*.

(1) Elle ne s'est entièrement accomplie que sous les prédécesseurs immédiats de Justinien.

Les agnats (*ad-gnati*, nés après, s'ajoutant à) étaient tout simplement les membres de la famille, c'est-à-dire ceux qui avaient été sous la puissance du même ascendant, auteur commun, jusqu'à sa mort, et ceux qui y seraient soumis, si son existence se fût indéfiniment prolongée. Les frères et sœurs germains ou consanguins, les neveux ou nièces, et leurs oncles ou tantes paternels, les cousins enfants de frères, et ainsi de suite, étaient donc agnats les uns par rapport aux autres (1).

Les *cognats* ne succédaient pas entre eux.

Le mot *cognatio* (cognition), dans le sens général, s'appliquait à toute parenté; mais, par opposition aux agnats, on appelait *cognats* les parents par les personnes du sexe féminin. (*Cognati, cum ea nati*, nés avec elle, avec la mère). Ainsi la mère et ses enfants étaient *cognats*; placés sous la puissance de leur père, les enfants n'étaient pas de la famille de leur mère. Les frères utérins, les neveux ou nièces et leurs oncles ou tantes maternels, les cousins enfants de sœurs, étaient également *cognats*. Ils n'appartenaient pas à la même famille, car ils n'étaient pas soumis à la puissance du même ascendant.

La loi des douze Tables appelait l'agnat le plus proche.

S'il y avait plusieurs agnats au même degré, ils se partageaient l'hérédité.

Les enfants de divers frères prédécédés, qui se trouvaient

(1) *Communi jure FAMILIAM dicimus omnium agnatorum; nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habeant, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte EJUSDEM FAMILIÆ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. (L. 493, § 2, dig., lib. 30, tit. 16, de verborum significatione.)*

au même degré, ne succédaient pas par représentation, mais par têtes.

Si l'agnat le plus proche répudiait l'hérédité ou mourait avant de l'avoir acceptée, elle ne passait pas à l'agnat du degré suivant; elle était recueillie par le fisc. En effet, la loi des douze Tables disait *proximus agnatus* (l'agnat le plus proche). Ici l'opinion commune n'a pas craint de subir le joug inflexible de la lettre qu'elle a si mal à propos mécon nue quand il s'est agi d'interpréter ces autres mots *hæres suus*.

Le mot masculin *proximus* (le plus proche) me porte aussi à croire, contre l'opinion générale, que les agnats du sexe féminin ne succédaient pas.

Tel est, du reste, le sentiment de Vico.

« C'est, dit-il, pour avoir ignoré combien la jurisprudence héroïque s'attachait à la propriété des termes, que Justinien prétend, dans les *Institutes* (*de agnat. success.*, § 3), que la loi des douze Tables aurait désigné, par le seul mot *agnatus*, les agnats des deux sexes; et qu'ensuite la jurisprudence *moyenne* aurait ajouté à la rigueur de la loi, en restreignant aux sœurs consanguines le droit de succéder. Il dut arriver tout le contraire. Cette jurisprudence dut étendre d'abord le sens de *suius* aux filles, et plus tard le sens d'*agnatus* aux sœurs consanguines. Elle fut appelée *moyenne*, précisément pour avoir ainsi adouci la rigueur de la loi des douze Tables (1) ».

Le privilège de l'agnation ou la succession agnatique avait pour base la conservation des biens dans les familles et le

(1) *Oeuvres choisies de Vico*, trad. par M. Michelet, t. 2, p. 507.

maintien du partage primitif des terres. Les cognats ou les parents par femmes ne succédaient pas, parce qu'ils auraient transporté les biens dans une autre famille.

Cette observation appartient à Montesquieu (1).

Elle est contredite par Toullier, qui prétend que rien n'est plus opposé à ce projet que d'admettre la femme et les brus à la succession du père de famille (2).

Toullier s'est gravement trompé.

La réponse se trouve dans Montesquieu lui-même. « Il était indifférent, dit-il, que l'héritier sien, ou, à son défaut, le plus proche agnat, fût mâle ou femelle, parce que les parents du côté maternel ne succédant point, quoiqu'une femme héritière se mariât, les biens rentraient toujours dans la famille dont ils étaient sortis (3) ».

La succession agnatique blessait, il est vrai, les principes rigoureux de la justice universelle; mais un peuple naissant se trouve en face d'impérieuses nécessités dont la loi des douze Tables eut l'intelligence profonde. Maintenir une certaine égalité de fortune entre les familles, c'était équilibrer tous ces gouvernements qui étaient encore mal reliés entre eux; c'était prévenir, autant que possible, les réclamations violentes des propriétaires déchus appelant le retour à l'ordre primitif. Sagesse providentielle qui, dans une société bornée, se sert du mal absolu comme d'un bien relatif, et pro-

(1) *Esprit des lois*, liv. 27.

(2) *Droit civil français*, t. 4, p. 423.

(3) *Esprit des lois*, liv. 27. — Au reste, on a vu que l'admission des femmes est un point très-problématique. — Toullier oppose encore l'exclusion des enfants émancipés; il n'a pas vu que, s'ils ne succédaient pas, c'est précisément parce qu'ils n'étaient plus de la famille. — Quant à la faculté de tester, j'en parlerai plus bas.

tège ainsi, dans la conservation de ce qui est, tous les germes de l'avenir !

C'est maintenant le lieu de remarquer que les fils de famille (*filii familias*) ne pouvaient pas avoir d'héritiers, puisqu'ils ne pouvaient pas avoir de biens.

Quant à l'enfant émancipé, il avait pour héritiers ses propres enfants qui avaient été émancipés en même temps que lui, ou qui lui étaient survenus depuis son émancipation. À défaut de ces héritiers siens, l'ascendant qui l'avait émancipé lui succédait comme patron (*jure patronatus*).

À défaut de celui-ci, la succession était dévolue au fisc; car l'enfant émancipé était devenu étranger à la famille, et dès-lors il n'avait pas d'agnats.

En dernier lieu, la loi des douze Tables déferait la succession au gentil le plus proche (*gentilis*).

À qui donnait-elle ce nom? Ce point de la jurisprudence romaine est fort obscur.

D'après l'opinion récente la plus accréditée, les gentils sont ceux qui appartiennent à la même race (*gens*), qui sont unis entre eux par une communauté de nom et d'origine. La race est la famille primitive de laquelle sont issues les diverses familles particulières qui portent le même nom générique, et que distinguent seulement des surnoms de branche. Les gentils diffèrent des agnats en ce que ceux-ci ont été ou ont pu être sous la puissance du même chef, tandis que les premiers sont tellement éloignés de l'auteur commun, que le lien qui les y rattache apparaît seulement dans le lointain des âges.

Deux observations me paraissent démontrer péremptoirement l'insuffisance de cette doctrine.

Après combien de générations les agnats prenaient-ils le nom de gentils ! D'un autre côté, les uns et les autres étant les mêmes personnes avec un nom différent, à quoi bon établir deux ordres distincts de succession ? Pourquoi, en d'autres termes, après un certain temps, appeler sous le nom de gentils ceux qui seraient aussi bien venus sous le nom d'agnats ? Cela eût été tout au plus nécessaire si l'agnation se fût terminée à un certain degré. Or, elle se prolongeait d'une manière indéfinie, et on lit dans les Institutes de Justinien qu'elle donnait le droit de succéder, même au degré le plus éloigné (1).

Sans s'occuper de la valeur du système que je viens de combattre, M. Ortolan, le savant auteur du commentaire historique des Institutes, a produit un système nouveau qui est très-ingénieux et que je crois très-vrai.

« La *gens*, dit-il, n'a pas lieu pour tous les citoyens, mais seulement pour ceux qui sont d'origine perpétuellement ingénue, dont aucun des aïeux n'a jamais été esclave; qui, par conséquent, se forment à eux-mêmes, de générations en générations, leur propre généalogie (*gens*). Quant aux familles actuellement ingénues, mais dont un des ancêtres, si reculé qu'il soit, a été esclave, elles n'ont pas une généalogie propre; elles doivent leur vie, leur génération civile, à la race affranchissante dont elles ont pris le nom, et qui est véritablement dans la cité leur noyau générateur, leur *gens*.

» De même que l'agnation est fondée sur un lien commun de puissance paternelle, à quelque antiquité que re-

(1) *Agnationis jure hæreditas etiam longissimo gradu capitur.* (Instit., de agnat. success., § 5).

monte cette puissance, de même la gentilité est fondée sur un lien de puissance de patronage, si anciennement qu'ait existé cette puissance.

» Pour les membres de la *gens*, c'est-à-dire de la famille perpétuellement ingénue, l'agnation et la gentilité se réunissent et se confondent; ses membres sont à la fois entre eux agnats, gentils et cognats.

» Mais, pour les races d'affranchis, la famille est distincte de la *gens*. La famille, c'est la descendance légitime de l'affranchi dans toutes ses branches, et les agnats sont les membres de cette descendance; la *gens*, c'est la descendance, la famille légitime du patron, et les gentils sont les membres de cette famille.

» Certaine voix du peuple qui, par l'effet d'une tradition inexplicable, après tant de siècles, parle encore à qui sait l'entendre, aide à lever une partie du voile. La dénomination de *gentilhomme*, *gentiluomo*, *gentilhombre*, *gentleman*, a passé jusque dans la plupart des langues modernes, pour indiquer ce qu'on nomme une bonne extraction, une noble généalogie, un pur sang (1).

Désormais, il est facile d'appliquer la loi des douze Tables. Dans la *gens*, c'est-à-dire dans la famille perpétuellement ingénue, la succession, à défaut d'héritiers siens, passera aux agnats ou aux gentils, peu importe le nom. Les agnats succèdent *etiam longissimo gradu*; l'agnation et la gentilité se confondent.

(1) Voyez le développement intéressant de ce système et les preuves à l'appui dans la *Revue de législation*, 2.^e série, t. 1, p. 237. M. Laferrière, l'éloquent auteur de l'*Histoire du droit français*, a combattu sur ce point M. Ortolan. Ses raisons annoncent qu'il n'a pas toujours bien compris celui-ci; elles ne m'ont pas convaincu. Voyez *Revue bretonne*, t. 5, p. 1 et 81.

Si un affranchi décède sans héritiers siens, il aura pour successeurs son patron ou les enfants de celui-ci (*jure patronatus*, par droit de patronage). L'affranchi, en effet, n'a pas de famille antérieure, il n'a pas d'agnats.

Mais l'affranchi, s'il a contracté de justes noces (*justa nuptiæ*), a commencé en lui une nouvelle famille dont les membres, quoique descendants d'affranchi, sont ingénus et agnats entre eux. Or, si un descendant d'affranchi ne laisse ni héritiers siens, ni agnats, sa succession passe dans la famille affranchissante, dont les membres sont ses *gentils*; elle appartient, par *droit de gentilité*, au membre le plus proche.

La loi des douze Tables répondait à une période historique; elle régissait des nécessités présentes; elle devait se modifier avec ces nécessités mêmes:

La monarchie domestique avait commencé l'humanité et fondé le gouvernement. Entre la constitution de la famille et la puissance publique, il existe un rapport intime et constant. A mesure que celle-ci s'élève, l'autre s'abaisse; plus l'une acquiert de force et de stabilité, plus l'autre perd de sa rigidité primitive. L'institution politique s'efface pour faire une part plus large aux droits généraux de la nature, à l'égalité sacrée du sang. L'état était dans la famille, désormais la famille entrera dans l'état. La raison universelle, sacrifiée à la raison relative, s'arrêtait à la base; on la verra se répandre insensiblement dans les détails, et bientôt briller sur les sommets.

Promulguée environ trois cents ans après la fondation de Rome, la loi des douze Tables fut observée dans toute sa pureté pendant un siècle à peine.

Les mariages étant devenus permis entre les patriciens et

les plébéiens, ces deux classes de la population tendirent à se confondre.

La distinction correspondante de l'*ager romanus* (le champ romain), terre privilégiée que les patriciens seuls pouvaient posséder, et des autres terres romaines situées au-delà, qui étaient le partage des plébéiens, s'affaiblit et finit par disparaître. Le pouvoir central marchait vers la force, la société marchait vers l'unité.

Les préteurs chargés d'interpréter les lois, d'en étendre l'application, de les mettre en harmonie avec les mœurs nouvelles, avec les besoins naissants, comprirent la nécessité de porter un premier coup à la vieille succession agnatique, qui, en conservant trop strictement les biens dans un certain cercle de personnes, était un obstacle à la fusion générale des rapports et des intérêts.

Ils appelèrent donc à la succession les cognats, à défaut d'héritiers siens et d'agnats.

Sous ce titre, les agnats qui étaient exclus, malgré la répudiation d'un autre agnat plus proche, trouvèrent le moyen de succéder.

Enfin, ils appelèrent les enfants émancipés, même de préférence aux agnats, et concurremment avec les héritiers siens.

Toutefois, ceux qui recueillaient ainsi la succession n'avaient pas le titre d'héritiers. Par un respect subtil pour la loi des douze Tables, les préteurs leur donnaient seulement la *possession des biens* (*possessio bonorum*); mais, sous un nom différent, la chose était la même.

Voilà un premier hommage rendu à la puissance indestructible des liens formés par la nature: l'équité civile, c'est-à-dire l'équité de convention, commençait à s'incliner devant les principes de la justice éternelle.

Toute différence s'effaçait bientôt entre les patriciens et les plébéiens. Dans Rome, devenue la fière république, on ne distinguait plus, parmi les personnes, que des citoyens et des étrangers.

Quant aux choses, elles étaient *res Mancipi* (*manu captae*), ou *nec Mancipi*.

Les premières étaient celles qui ne pouvaient être aliénées et s'acquérir que dans une certaine forme appelée la *mancipation*. Cette classe comprenait les immeubles italiens (*in italico solo*), les esclaves, les bêtes de trait et de somme, employés en Italie.

Toutes les autres choses étaient *nec Mancipi*.

Les citoyens pouvaient seuls acquérir et posséder légalement les premières. Les étrangers acquéraient et possédaient les secondes.

Ainsi, chose digne de remarque, l'homme imprime un caractère particulier à cette portion de la nature physique qui, la première, a reçu l'empreinte de sa personnalité, qui s'approche de lui de plus près, qui lui rend des services plus fréquents et plus nécessaires. Il en fait l'objet d'un droit national, exclusif. Il est jaloux de sa conquête, comme il serait jaloux de sa liberté, tant il est vrai que la propriété n'est pas une invention, une création civile, et qu'elle a ses racines les plus profondes dans le cœur même de l'homme.

La distinction qui vient d'être rappelée ne fut abolie que par Justinien.

Ne nous étonnons pas de la persévérance d'une théorie qui isolait certaines choses et les rendait plus éminemment personnelles.

Toutefois, l'âge héroïque s'en allait, faisant place l'âge

humain, c'est-à-dire à l'âge du droit, non national, mais fondé sur des principes communs aux nations.

Cicéron avait trouvé sa phrase harmonieuse et profonde : *Est non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti sed imbuti sumus* (1).

Faisant l'éloge de Servius Sulpicius, jurisconsulte contemporain, il disait de lui : « *Qui non magis juris quam iustitiæ consultus esset, et jus civile ad æquitatem referret* (Il ne connaissait pas mieux le droit que la justice; il rapportait le droit civil à l'équité) (2). »

Il écrivait encore ces nobles paroles : « *Est quidem vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna.....* (Il est une loi vraie, une raison droite, conforme à la nature, répandue chez tous, constante, éternelle) (3). »

Il écrivait enfin : « *Omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societate juris contineri..... Nam omnes virtutes nascuntur quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est.* (Tous les hommes doivent obéir à une indulgence et à une bienveillance réciproques aussi bien qu'aux lois.... Toutes les vertus naissent de notre propension à aimer nos semblables, et c'est là le fondement du droit) (4). »

Cette philosophie élevée et généreuse pénétrait les esprits

(1) Cic., *Pro Milone*.

(2) Cic., *Philip.* 9.

(3) Cic., *Republ.*, lib. 3, n.º 4.

(4) Cic., *De legib.*, lib. 1.

et régénérait les idées; une ère nouvelle se préparait pour la famille et pour l'humanité.

Le christianisme, à son tour, apporta son influence divine, ses dogmes de liberté et d'égalité. « Après avoir inondé le Colysée du sang de ses martyrs, dit M. Laferrière, après avoir répandu les flots de sa doctrine spirituelle par le génie des pères, après avoir lutté sous toutes les formes contre l'élément du passé et propagé ses idées dans tous les rangs de la société, il monta avec Constantin sur le trône de l'univers (1).

Constantin défendit au père de vendre ses enfants, si ce n'est dans des cas très-exceptionnels. Alexandre-Sévère et d'autres empereurs lui enlevèrent le droit de vie et de mort, et ne lui laissèrent qu'un pouvoir modéré de répression. L'enfant arrivait ainsi à la personnalité. Par l'introduction des divers pécules qu'il lui fut permis d'acquies, il toucha à la propriété. L'homme retrouvait peu à peu les éléments de sa dignité méconnue.

Les héritiers siens ne furent plus des héritiers nécessaires: ils purent choisir entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité, et ils eurent un délai pour délibérer.

Le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous Adrien ou sous Antonin, admit de plein droit la mère à la succession de ses enfants, pourvu qu'elle en eût mis trois au monde, si elle était ingénue, et quatre, si elle était affranchie.

Cette condition avait sa raison politique.

Les guerres civiles avaient fait périr un grand nombre de citoyens. Il fallait repeupler Rome devenue presque déserte. Pour favoriser le mariage et obtenir dans les fa-

milles une postérité nombreuse, la loi offrit aux mères l'espoir de succéder. Des considérations humaines assurent souvent le succès des droits de la nature. La providence a des ressources infinies pour agir sur l'humanité.

La position de la mère fut donc meilleure que sous la législation prétorienne, qui ne l'appelait qu'à défaut d'agnats. Toutefois, les héritiers siens ou émancipés du défunt, le père, les ascendants paternels, le frère germain ou consanguin, lui étaient préférés. La sœur germaine ou consanguine concourait avec elle. S'il y avait à la fois des frères et sœurs germains ou consanguins, ils partageaient entr'eux l'hérédité à l'exclusion de la mère. Les transformations s'opèrent successivement. Le progrès doit être lent, parce que la vie des peuples est longue.

Sous Marc-Aurèle, le sénatus-consulte Orphitien dispensa, à leur tour, les enfants de recourir au préteur pour obtenir la succession de leur mère. Ceux-ci exclurent, en outre, les agnats aussi bien que les autres cognats.

Les empereurs Valentinien et Théodose assimilèrent aux héritiers siens les enfants et les petits-enfants des filles. Dès-lors, ceux-ci succédèrent, mais pour les deux tiers seulement, à leur ascendant mâle maternel aussi bien qu'à leur ascendant mâle paternel.

Le sénatus-consulte Orphitien avait appelé les enfants du premier degré à la succession de leur mère. Les mêmes empereurs appelèrent la seconde génération à la succession de l'aïeule.

Le sénatus-consulte Tertullien ne déférait à la mère la succession de ses enfants qu'autant qu'elle en avait eu trois, si elle était ingénue, et quatre, si elle était affranchie. Théodose supprima cette condition.

(1) Laferrière, *Histoire du Droit Français*, t. 1, p. 34.

D'après le même sénatus-consulte, les héritiers siens du défunt ou ceux qui avaient cessé de l'être par l'émancipation étaient les seuls enfants qui fussent préférés à sa mère. Elle succédait donc à sa fille aux dépens des enfants de celle-ci. Les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose décidèrent qu'elle serait exclue par eux.

Enfin, Justinien introduisit, pour toute espèce d'héritiers, le bénéfice d'inventaire.

Au milieu de ces diverses modifications et de plusieurs autres, la vérité s'enfantait péniblement. Les temps se préparaient à la recevoir : quand la réforme fut dans les convictions, Justinien eut la sagesse de la faire passer dans les lois.

Le nouveau système fut proclamé dans la Novelle 118. Elle consacra désormais trois ordres de successeurs bien distincts : les descendants, les ascendants et les collatéraux.

En première ligne venaient les descendants, soit héritiers siens, soit émancipés, sans distinction d'âge ni de sexe.

Les descendants du premier degré succédaient par têtes. A des degrés ultérieurs, ils succédaient tantôt par têtes, tantôt par représentation, c'est-à-dire par souches.

A défaut de descendants, la Novelle 118 appelait les ascendants. La succession se partageait par moitié entre les ascendants les plus proches de chaque ligne quand les ascendants de l'une étaient égaux en degré aux ascendants de l'autre ; si l'une des lignes renfermait un ascendant plus proche, il prenait toute l'hérédité, comme s'il n'y avait eu d'ascendants que dans cette ligne.

Les frères et sœurs germains concouraient avec le père et la mère ; alors la succession se divisait par têtes. Si un frère germain était prédécédé laissant des enfants au premier degré, ceux-ci, d'après la Novelle 127, étaient appelés par représentation, pourvu qu'il y eût un frère germain survivant.

A défaut d'ascendants, les frères et sœurs germains étaient exclusivement préférés ; c'était le privilège du double lien.

Le frère germain prédécédé était représenté par ses enfants du premier degré, si un autre frère germain avait survécu.

Lorsque tous les frères germains étaient prédécédés, les enfants au premier degré ne venaient pas par représentation, mais par têtes, et ils excluaient les frères unilatéraux.

A défaut de frères germains et de leurs enfants au premier degré, l'hérédité appartenait aux frères unilatéraux, et successivement au collatéral le plus proche, sans distinction de ligne.

Quand il n'y avait pas de collatéraux, l'époux survivant recueillait la succession en vertu de la législation du Digeste et du Code, confirmée par le silence des Novelles.

Bien plus, la Novelle 117 accordait à la veuve pauvre un droit héréditaire, qui variait selon la qualité des parents.

Après l'époux venait le fisc : *fiscus post omnes* (1).

(1) Je passe sous silence les successions des enfants adoptifs, des enfants illégitimes et des affranchis. Cet ordre d'idées tout exceptionnel réclamerait des détails de nature à m'éloigner de mon sujet.

Ainsi disparurent les vestiges de la succession agnatique. Le droit fut simple comme la nature, logique comme l'affection. Les antiques privilèges, après s'être progressivement affaiblis, vinrent s'anéantir dans un sentiment d'équité générale. La civilisation avait grandi; l'humanité avait absorbé la famille.

Après un intervalle de treize siècles remplis par d'immenses catastrophes et par la lente formation d'une civilisation nouvelle, le système de Justinien, résumé de tant d'essais et de tant d'efforts, devait servir de type au droit de succession de l'Europe moderne. La vérité seule obtient ces luttes, ces réveils et ces hommages.

Revenons maintenant sur nos pas pour étudier, à son tour, le testament et ses transformations. Nous verrons les mêmes phénomènes se produire sous l'influence des mêmes causes.

La loi des douze Tables admettait la faculté de tester : *Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto.*

L'hérédité testamentaire avait le premier rang. La loi n'intervenait pour régler la transmission des biens qu'autant que l'homme, en mourant, ne l'avait pas réglée lui-même.

Le testateur pouvait choisir son héritier hors de la famille. Il lui était ainsi permis de se jouer des droits de la nature.

L'institution d'héritier était indispensable pour la validité du testament. Elle en formait le sommet et la base (*caput et fundamentum*).

Le patrimoine était, en effet, dans la sphère des intérêts matériels, comme le vêtement civil de l'individu. Celui-ci y avait empreint sa personnalité : cette empreinte subsistait après son décès. Il fallait donc un héritier institué, qui représentât et continuât le défunt. Le défunt revivait ainsi dans son successeur.

Le testament appartenait d'ailleurs à l'élément religieux. L'héritier ne perpétuait pas seulement la personne du testateur, mais encore les sacrifices privés, le culte domestique : *Sacra privata perpetua manento.*

Dès-lors, l'héritier institué pour une partie des biens les recueillait néanmoins tout entiers. La succession légitime et la succession testamentaire ne pouvaient pas concourir : *Nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus.* Avec un principe contraire, la personne du défunt se serait fractionnée dans des représentants d'un caractère divers, la fiction aurait succombé.

Le citoyen seul pouvait faire un testament romain, et il ne pouvait instituer qu'un citoyen. La haine et l'exclusion de l'étranger avaient alors toute leur énergie. L'étranger était désigné par le même nom que l'ennemi, *hostis* : *Adversus hostem æterna auctoritas esto* (Que la proscription contre l'étranger soit éternelle).

Le fils de famille ne possédant rien, la femme étrangère au commandement, ne pouvaient disposer par acte de dernière volonté.

On ne peut nier que la puissance absolue du testateur ne fût contraire au principe de la conservation des biens dans les familles.

Montesquieu dit, pour l'expliquer, que le père de fa-

mille, ayant droit de vendre ses enfants, pouvait, à plus forte raison, les priver de ses biens (1).

Ce rapprochement rend compte de l'état des choses, mais il ne l'explique pas.

Le secret du despotisme testamentaire me paraît être dans la valeur individuelle de l'homme que les premiers Romains exaltaient jusqu'au plus haut degré. Le principe aristocratique voulait la conservation des biens, mais il aimait aussi tout ce qui exprimait la puissance. Sacrifié dans une de ses formes, ce principe se révélait énergiquement dans une autre.

Le testateur, substituant ses prescriptions individuelles aux prescriptions générales du législateur, accomplissait un acte de souveraineté.

D'ailleurs, en transférant à son gré l'ensemble de son patrimoine en dehors de la famille, il créait en quelque sorte une famille nouvelle. Or, le pouvoir domestique peut bien accroître le nombre de ses esclaves, et acquérir ainsi, comme par la survenance de nouveaux enfants, des sujets nouveaux. Mais il ne peut pas plus créer toute une famille que le souverain d'un état ne peut se créer des sujets en dehors de l'état qu'il gouverne.

Le testament devait donc être fait dans la forme des lois, c'est-à-dire dans les comices assemblés. Ainsi, le testament était lui-même une loi, *lex*. La puissance publique intervenait dans toute sa majesté.

Voilà bien le testament romain, institution politique comme la famille; les voilà bien, l'un et l'autre, avec leur caractère anti-naturel, mais évidemment national.

(1) *Esprit des lois*, liv. 27.

A la même époque, il y avait pour le temps de guerre, hors de Rome, le testament *in procinctu*, c'est-à-dire fait par le soldat sous les armes en présence de quelques-uns de ses compagnons. L'armée était ainsi l'image des comices; elle représentait le peuple.

Les comices ne s'assemblaient que deux fois par an; d'ailleurs le peuple s'était augmenté, les relations s'étaient multipliées. Une forme plus récente, déjà introduite, peut-être, par la loi des douze Tables, était celle du testament *per æs et libram*.

D'abord employée subsidiairement dans les cas d'urgence, où le testateur malade ne pouvait attendre les comices, elle finit par supplanter tout-à-fait la forme primitive.

Le testament *per æs et libram* était une véritable *manicipation*. Ainsi, il avait lieu en présence de cinq citoyens romains appelés comme témoins. Un sixième citoyen (*libripens*) tenait une balance. Un septième citoyen (*antestatus*) touchait les oreilles des témoins pour les avertir de bien écouter. Devant eux, l'héritier (*familiæ emptor*) achetait la famille (*familiam*), c'est-à-dire l'hérédité du testateur. Pour cela, il prononçait des termes solennels, et frappait la balance (*libram*) avec un morceau d'airain (*æs*), qu'il déposait ensuite dans la balance même. Les Romains n'avaient point encore de monnaie; le morceau d'airain était pesé en guise de prix.

Les cinq témoins représentaient les cinq classes du peuple, en sorte que, dans la forme *per æs et libram*, on retrouve l'intervention fictive de la puissance publique.

La réalité, avant de s'effacer complètement, se réduit toujours à une imitation, à un souvenir.

Le testament avait donc subi déjà une transformation

grave; il était devenu, par le fait, une institution privée, il avait revêtu un caractère contractuel.

C'est désormais la propriété élevée à sa plus haute puissance et transmise sous des formes symboliques.

Au reste, ces formes elles-mêmes reçurent diverses modifications.

Enfin, plus tard, avec le pouvoir public qui se fortifie, la famille s'humanise, et le testament s'humanise comme elle.

Peu de temps avant Cicéron, les préteurs, admettant une forme de tester tout-à-fait simple, donnèrent la *possession de biens* à l'héritier institué par un testament fait devant sept témoins, signé par eux, et revêtu de leur cachet.

Vers la même époque, le père dut, à peine de nullité, mentionner son fils dans son testament en l'instituant ou en le déshéritant pour un juste motif.

Le testament était valable, quoique le père n'instituât ni ne déshéritât sa fille.

« J'en vois la raison, dit Montesquieu; quand il n'instituait ni ne déshéritait son fils, il faisait tort à son petit-fils, qui aurait succédé *ab intestat* à son père. Mais, en n'instituant ni ne déshéritant sa fille, il ne faisait aucun tort aux enfants de sa fille, qui n'auraient pas succédé *ab intestat* à leur mère, parce qu'ils n'étaient ni ses héritiers siens, ni ses agnats. (1) »

Le fils émancipé pouvait aussi être passé sous silence.

Mais les préteurs lui donnaient la *possession des biens*, malgré le testament (*contra tabulas*).

(1) *Esprit des lois*, liv. 27.

Ainsi, ils ramenaient sans cesse l'ordre testamentaire, comme l'ordre légitime, à la simplicité et aux lois de la nature.

« C'est un beau et religieux spectacle, dit M. Michelet, de voir avec quel scrupule le juge romain se laisse pousser d'interprétation en interprétation hors de la loi écrite, marchant, traîné plutôt, et ne convenant jamais qu'il a marché. Il faut voir comme il se tourmente, et tourmente la langue, comme il ruse avec le vieux texte, comme il arrache de l'impitoyable airain (la loi des douze Tables) des pensées de douceur et d'équité qui n'y furent jamais. Le pieux sophiste ment respectueusement à la loi pour ne pas mentir au droit éternel. (1) »

Toutefois, les filles continuèrent à pouvoir être passées sous silence dans le testament.

L'obligation d'instituer ou de déshériter formellement les fils n'entraînait pas celle de leur laisser une part quelconque de la succession. Elle n'était pour le testateur qu'une restriction de forme.

Une nouvelle nécessité s'établit, ce fut celle de laisser une *légitime* aux descendants et même aux ascendants qui n'avaient pas encouru une exclusion complète.

Les lois appelèrent ainsi une partie déterminée de la portion héréditaire qui leur serait revenue *ab intestat*.

Cette partie fut du quart.

Continuant leur mission incessante de réforme, les préteurs donnèrent la *possession des biens* à l'étranger institué héritier pour des choses *nec Mancipi*. Ils la donnèrent également au citoyen institué héritier par un étranger.

(1) *Origine du Droit Français*, introduction, page CXIII.

Entre la seconde et la troisième guerre punique, la loi *Voconia* (proposée par le tribun du peuple *Voconius*) défendit d'instituer les femmes héritières (1).

Cette loi eut pour but de restreindre leurs richesses, et de prévenir ainsi le luxe, qui est contraire à l'esprit des républiques.

Elle me confirme dans l'opinion que les femmes ne succédaient pas encore *ab intestat*, et qu'elles succédaient par testament en vertu d'une exception que la loi *Voconia* voulut précisément faire cesser.

Sous Auguste, la loi *Papienne* libéra de toute tutelle les femmes ingénues qui avaient mis au jour trois enfants, et les affranchies qui en avaient eu quatre (*jure liberorum*) (2).

Elle permit, dans les mêmes cas, de les instituer héritières.

Les femmes reçurent aussi le droit de tester.

« Il faut remarquer, dit Montesquieu, que la loi *Papienne* ne rendit les femmes qui avaient plusieurs enfants, capables de succéder, qu'en vertu du testament des étrangers, et qu'à l'égard de la succession des parents, elle laissa les anciennes lois et la loi *Voconienne* dans toute leur force. Mais cela ne subsista pas. (3) »

Montesquieu remarque encore que le sénatus-consulte *Tertullien* dont j'ai parlé précédemment, et qui appelait la

(1) *Sanxit ne quis hæredem virginem neve mulierem faceret. Cicéron, seconde harangue contre Verres. — Legem tulit ne quis hæredem mulierem institueret. Tit-Live, livre 41.*

(2) *Gaius, Comment. 1, § 145.*

(3) *Esprit des Lois, liv. 27. — Voyez tout ce que Montesquieu dit, dans ce livre, de la loi Voconienne.*

mère à la succession *ab intestat* de ses enfants, quand elle en avait trois si elle était ingénue, et quatre si elle était affranchie, ne fut qu'une extension de la loi *Papienne* (1).

La puissance paternelle étant devenue très-moderée sous les empereurs, les fils de famille purent posséder divers pécules, et, dès-lors, acquérir par testament. Ils purent aussi disposer, par testament, de leurs pécules *castrense* et *quasi-castrense*, à l'égard desquels ils étaient considérés comme pères de famille.

Lorsque tous les sujets de l'empire romain eurent reçu le titre de citoyen, tous jouirent du droit de disposer et de recevoir par testament.

Justinien, par une loi du Code, supprima toute différence entre l'exhérédation des fils et celle des filles, entre celle des enfants du premier degré et celle des descendants d'un degré ultérieur (L. 4, Cod., de *liber. præerit*).

Désormais, lorsque les enfants étaient passés sous silence par le père ou par un ascendant paternel, le testament tout entier était nul.

Lorsqu'ils étaient déshérités pour une cause non prévue par les lois, ils avaient la *querelle d'inofficiosité*.

Cette action ne pouvait faire annuler que l'institution d'héritier; les autres dispositions du testament restaient intactes.

Les enfants passés sous silence par leur mère ou par un ascendant maternel, les ascendants passés sous silence par leurs descendants, n'avaient que la *querelle d'inofficiosité*. Dans ces cas, l'héritier institué avait la ressource

(1) *Esprit des Lois, liv. 27.*

de prouver que la prétérition était fondée sur une cause légitime.

L'obligation plus rigoureuse du père ou des ascendants paternels, et ses sanctions plus sévères, étaient une conséquence de la puissance paternelle et un débris de l'antique intimité du chef de la famille et de ses héritiers siens.

La position des enfants émancipés resta la même.

Par la Novelle 18, Justinien éleva, du moins en faveur des descendants, les proportions de la légitime. Pour quatre enfants ou un plus petit nombre, elle fut du tiers de l'hérédité; pour cinq enfants ou un plus grand nombre, elle fut de la moitié.

La querelle d'inofficiosité ramenait les dispositions excessives à la mesure légale.

Dans la Novelle 115, Justinien défendit au testateur de laisser leur légitime à ses descendants ou à ses ascendants, à simple titre de legs. Il voulut que le testateur les honorât d'une institution directe d'héritier.

L'inobservation de ce principe ne donnait lieu qu'à la querelle d'inofficiosité.

La même Novelle énuméra les causes en vertu desquelles les légitimaires pouvaient être déshérités. Elle rectifia l'ancien droit où ces causes manquaient de précision et renfermaient quelquefois une sévérité extrême.

Elle en admit quatorze pour les descendants. Presque toutes supposaient que ceux-ci avaient méconnu les devoirs de la piété filiale.

Huit étaient applicables aux ascendants. Elles avaient également un caractère de réprobation.

Aucune légitime n'était due aux frères et sœurs. Tou-

téfois, ils avaient la querelle d'inofficiosité si, en dehors de trois cas prévus par la Novelle 22, le testateur leur avait fait l'affront d'instituer des personnes infâmes ou décriées.

Quant aux formes du testament, elles avaient été définitivement réduites, même avant Justinien.

Ainsi, dans le dernier état du droit, il y avait des testaments publics et des testaments privés.

Le testament public était celui que l'on présentait à l'empereur, et qui était déposé dans sa chancellerie.

On pouvait aussi faire la déclaration orale de ses dernières volontés devant un magistrat, qui en dressait un protocole; mais les détails positifs de cette manière de tester nous sont inconnus (1).

Quant au testament privé, il était fait, soit par écrit, soit de vive voix, devant sept témoins mâles, pubères, capables d'ailleurs suivant les lois et spécialement convoqués, en observant l'unité de lieu, de temps et d'acte. Quand le testament était écrit, il devait recevoir la signature et le cachet des témoins: il devait, en outre, être signé par le testateur en leur présence. Si le testateur ne savait pas ou ne pouvait pas signer, il fallait appeler un huitième témoin.

Dans certains cas particuliers, le testament était dispensé de quelques-unes de ces formalités.

Le principe qui exigeait, à peine de nullité, une institution d'héritier, et qui excluait le concours de l'hérité légitime et de l'hérédité testamentaire, était toujours

(1) *Précis sur l'ensemble du droit privé des Romains*, par Marezoll, traduit par M. Pellat, p. 407.

observé, mais il n'avait plus, moralement, du moins, son antique portée.

La nécessité d'instituer ou d'exhérer les enfants était encore la même.

Un seul testament, le testament militaire, c'est-à-dire fait par le soldat en expédition, était affranchi de toute condition, de toute règle.

Un tel privilège n'était pas seulement commandé par des difficultés et des dangers exceptionnels, c'était aussi une flatterie.

Dans la dernière période, le testament a donc perdu toute couleur nationale. Il n'a plus le caractère de création d'une famille nouvelle, de transmission du culte domestique; il n'est plus essentiellement basé sur la toute-puissance du père, roi absolu d'un petit état. Considéré en lui-même, il exprime la prédominance accordée à la volonté individuelle en vertu d'un principe universel d'équité; considéré dans l'emploi de la forme la plus simple, il révèle l'immolation du pouvoir privé et le développement du pouvoir public.

Ici encore la famille a passé dans la société générale. Les rudesses et les nécessités primitives se sont adoucies au contact des vérités philosophiques et chrétiennes. Désormais l'ordre est dans la centralisation: elle relie et embrasse tous les intérêts; elle consacre les droits naturels, parce qu'elle peut les protéger; en elle est la force, le mouvement, la vie, la justice.

Dieu veut souvent que l'homme recule devant son ouvrage. L'empire romain trembla devant ses proportions. Au commencement du quatrième siècle, il se divisa en

deux parts, l'une pour l'Occident, l'autre pour l'Orient.

La première, déjà usée, devait bientôt périr; la seconde, composée d'éléments plus jeunes, devait vivre plus longtemps, pour subir à son tour les lenteurs de l'agonie.

On connaît les fatales destinées de l'Occident, au cinquième siècle. Le despotisme militaire ne connaissait plus de frein, les empereurs n'étaient souvent que des assassins parvenus; la licence des mœurs était plus puissante que les lois; la civilisation, énervée, semblait retourner à la barbarie. Le christianisme protestait contre le présent; tantôt persécuté, tantôt honoré, il voyait grandir ses doctrines et attendait l'avenir.

Quand les temps furent préparés, l'Occident s'écroula sous la main de Dieu.

Au développement d'un progrès philosophique, il aurait suffi d'une révolution plus ou moins complète, ou plus ou moins durable, dans le monde ancien. Au triomphe d'une idée divine, œuvre de régénération éternelle, il fallait un monde nouveau. Tout devait être grand, la pensée et la conquête.

Les divers peuples qui, pendant le cinquième siècle, firent irruption dans les Gaules, sortaient des forêts de la Germanie.

La famille Germanique ne reposait pas, comme la famille de Rome antique, sur la puissance d'un maître absolu; elle avait pour base et pour lien la puissance du sang.

Au lieu d'être l'absorption de tous par un seul, elle constituait une véritable association.

Le père en était le chef. Les enfants étaient soumis à son pouvoir appelé *mundium*.

Le *mundium* était perpétuel pour les femmes. De celui;

du père, elles passaient sous celui de leur mari, ou de leurs frères, ou des plus proches parents paternels.

A une époque de barbarie, de passions et de violences, ce pouvoir, qui renfermait en lui la protection, avait moins un caractère de tyrannie que de nécessité.

Les membres de l'association germanique étaient solidaires. L'offense faite à l'un d'entre eux devait être vengée par chacun des parents mâles, seuls capables de tenir l'épée.

La *composition*, prix donné par l'offenseur pour se racheter de la vengeance, était partagée entre ces parents.

Ils étaient tous copropriétaires du patrimoine. Le chef de la famille ne pouvait l'aliéner sans leur consentement personnel.

Dès-lors, tout porte à croire qu'à la mort du père les proches concouraient à sa succession avec les enfants (1).

Ainsi, à ses débuts, la société moderne s'essaya, comme la société antique, par de petits gouvernements. Mais leur force et leur principe de conservation, au lieu de résider dans le despotisme, résultaient de la solidarité.

C'était une autre forme de l'unité qui a sa place parmi les beautés morales et les nécessités protectrices. C'était une autre ressource providentielle. Chose remarquable! on trouve l'association à l'origine du monde nouveau où le christianisme devait répandre le dogme de la fraternité universelle, et la pensée découvrir ainsi l'action mystérieuse de la providence dans le choix même du peuple qu'elle destinait à se civiliser sous la vraie loi.

(1) Voyez, dans la *Revue Bretonne*, t. 3, p. 321, un excellent article de M. Lehuérou, sur la famille et la propriété germaniques.

A la fin du v.^e siècle, l'occupation définitive du territoire Gaulois par les trois grands peuples Germaniques qui se distinguaient entre tous les autres, était accomplie. Les Wisigoths dominaient au midi, les Francs au nord, les Bourguignons au centre.

Chacun de ces peuples avait sa loi particulière qui était déjà une transformation de l'ordre de choses primitif.

Vers l'an 534, les Bourguignons tombèrent sous le joug des Francs. Leurs lois survécurent peu de temps à leur défaite.

De 507 à 542, les Francs chassèrent les Wisigoths en Espagne. Cette contrée, désormais, fut presque la seule qu'intéressa leur législation.

Quant aux Francs, les plus heureux entre les conquérants des Gaules, ils virent leurs lois se perpétuer sur le sol avec le succès de leurs armes.

La plus remarquable était celle des Francs saliens, appelée loi salique, *pactus legis salicæ antiquior* (1).

Elle se conserva pure, malgré l'influence que répandait autour d'elle la législation respectée des Romains vaincus.

Selon l'opinion la plus probable, la rédaction des deux textes de la loi salique, telle qu'elle nous est parvenue, ne remonte pas au delà du septième siècle. Les dispositions, les idées, le ton de la loi, prouvent, en effet, qu'elle appartient à une époque où les Francs étaient depuis longtemps au milieu d'une population romaine et d'une société religieuse.

(1) Il ne faut pas confondre le texte qui porte ce nom avec celui qui est ainsi désigné : *Lex salica reformata*, et dont le contenu n'est pas tout-à-fait le même.

Au reste, il ne faut pas croire que la loi salique soit une loi proprement dite, votée et promulguée par une autorité régulière. C'est plutôt une énumération de coutumes et de décisions judiciaires, recueillies et transmises de génération en génération, et successivement modifiées (1).

Le droit successoral de cette loi s'appliquait à la terre salique, c'est-à-dire, avant l'invasion, à la maison du Franc et à la terre qui l'entourait, et, après l'invasion, aux biens fonds possédés par des hommes libres.

La terre salique passait d'abord aux enfants mâles du premier degré, à l'exclusion des filles.

A défaut de fils, les filles succédaient au préjudice des petits-fils (2).

A défaut de descendants, la loi salique (*antiquior*) appelait à succéder, 1^o le père et la mère; 2^o le frère et la sœur; 3^o la sœur de la mère; 4^o la sœur du père; 5^o le plus proche parent par mâles jusqu'au cinquième degré. Une femme au cinquième degré aurait donc succédé au préjudice d'un mâle du sixième.

La préférence donnée aux fils sur les filles n'avait pas encore pour objet la conservation des biens dans les familles. Toute idée de perpétuité aristocratique était étrangère aux Germains. Leur loi s'explique par leurs mœurs, qui appelaient les mâles à rester sur la terre paternelle,

(1) Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. 1, p. 333 et suiv.

(2) C'est ce que Montesquieu a prouvé. *Esprit des lois*, liv. 18, chap. 22.

tandis que les filles en étaient éloignées par le mariage, qui leur créait une nouvelle existence.

Au reste, on retrouve dans la loi salique la succession des descendants, des ascendants et des collatéraux; trois idées premières et fondamentales indiquées par la raison universelle, et dont l'application la plus vraie pouvait très-bien être sacrifiée, chez des peuples barbares, à des considérations relatives.

Ces trois idées étaient même mieux comprises par la loi salique que par la loi des douze Tables: partie d'un principe despotique, injuste en lui-même, l'une avait dû s'écarter du vœu de la nature; l'autre, prenant pour base l'association, c'est-à-dire un principe humain, avait dû se montrer plus équitable.

On vit de bonne heure des réclamations en quelque sorte instinctives s'élever en faveur des filles, et il fut permis au père de les appeler à sa succession.

Marculte, moine et jurisconsulte du VII.^e siècle, nous a transmis la preuve de ce fait dans son livre des *Formules*, renfermant des modèles d'actes juridiques accompagnés de digressions et de développements pleins d'intérêt, où se peignent les mœurs et les idées elles-mêmes.

« A ma douce fille : C'est chez nous une coutume antique, mais impie, que les sœurs n'entrent pas en partage avec leurs frères dans la terre paternelle. Moi j'ai pensé que, donnés tous à moi également de Dieu, vous deviez trouver tous en moi égal amour, et, après mon départ d'ici-bas, jouir également de mes biens. A ces causes, ô ma très-douce fille, je te constitue par cette lettre, à l'encontre de tes frères, égale et légitime héritière en tout mien héritage; de sorte que tu partages avec eux, non

seulement dans mes acquêts, mais dans l'allod paternel (1) ».

Mais déjà se préparait un ordre de choses grave, immense, qui, accomplissant sa mission providentielle, devait dompter l'élément barbare, donner une organisation à la société prête à se dissoudre, produire des mœurs, des lois nouvelles, ouvrir les voies au pouvoir central, en un mot, sauver le présent au profit de l'avenir.

Rome avait eu le patriciat, la France aura la féodalité, les serfs, comme autrefois les plébéiens, sauront conquérir leurs franchises; après des vicissitudes quelquefois diverses, souvent semblables, la France, comme Rome, parviendra à l'unité monarchique.

L'origine de la féodalité se place dans le cours du vi.^e siècle.

Elle naquit de la concession de terres faites par les rois de la première et de la seconde race, continuateurs

(1) « Dulcissimæ filiæ meæ illi, ille. Diuturna, sed impia, inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant; sed ego perpendens hanc impietatem, sicut mihi a domino æqualiter donati estis filii, ita et a me sitis æqualiter diligendi, et de rebus meis post meum discessum æqualiter gratulimini; ideoque per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos, filios meos illos, in omni hæreditate mea, æqualem et legitimam esse constituo hæredem, ut tam de alode paterna, quam de comparato, vel mancipiis, aut præsidio nostro, vel quodcumque morientes, reliquerimus, æqua lance, cum filiis meis germanis tuis, dividere, vel exæquare debeas, et in nullo penitus portionem minorem quam ipsi non accipies, sed omnia inter vos dividere, vel exæquare æqualiter debeatis. » (*Lib. 2. cap. 12. editione Bignottii, 1666.*)

des chefs de l'invasion, aux Grands, nommés *leudes* ou *fidèles*.

Les terres ainsi concédées s'appelaient *benefices*, c'est-à-dire biens du fisc, ou faisant partie du lot des rois (*beneficia, bona fiscalia*).

Ces concessions, faites à charge de service militaire, étaient révocables, temporaires, quelquefois viagères, rarement transmissibles.

Au temps de Charlemagne, elles étaient encore personnelles (1).

A cette époque, il y avait deux sortes de biens, les bénéfices et les *alleux* ou biens libres.

Les détenteurs des bénéfices en arrachèrent l'hérédité à l'impuissance des successeurs de Charlemagne; ils se constituèrent dans un complet état d'indépendance.

Alors ce fut le gouvernement féodal.

Il y eut autant de monarchies qu'il y avait de provinces. On distingua les *fiefs* et les *alleux*.

Le fief était l'immeuble concédé à la charge de la *foi* et *hommage*.

Celui qui concédait le fief se nommait *seigneur*, celui à qui il était concédé se nommait *vassal*.

La foi et hommage était une promesse solennelle que le vassal faisait à son seigneur de lui être fidèle, et de le servir en guerre envers et contre tous.

Le vassal pouvait démembrer, à la charge de la foi et hommage envers lui-même, une partie de l'immeuble qu'il tenait à titre de fief. Alors le vassal devenait à son tour seigneur. Le propriétaire de la partie démembrée et appelé

(1) Guizot, *Essai sur l'histoire de France*.

arrière-fief était *arrière-vassal* par rapport au seigneur de son seigneur, et ce seigneur était, par rapport à lui, *seigneur suzerain*.

Les alleux étaient, comme autrefois, les terres libres.

« L'allodialité était la propriété maintenue dans l'état primitif de franchise, de liberté, de disponibilité absolue. C'était elle qui, au milieu du système féodal, protestait en faveur du droit naturel et du droit romain (1). »

« Au milieu du droit féodal, dit M. Michelet, les alleuds, les fiefs du Soleil, ainsi nommés parce qu'ils ne relevaient d'aucun autre seigneur, semblaient protester au nom de la liberté antique. Un jour que ce puissant empereur Frédéric Barberousse chevauchait avec son cortège, il vit sur la route un homme assis, qui, sans se lever ni se découvrir, mettait seulement la main au chapeau. L'empereur demandant quel était donc cet homme qui ne tenait compte de la Majesté impériale, il lui fut répondu que c'était un baron indépendant, qui ne relevait de personne, ni des princes, ni de l'empereur..... Imposante figure de la propriété libre, restée là sur le chemin pour voir passer l'orgueil éphémère du fief (2). »

Les alleux étaient réputés biens nobles comme les fiefs.

Les personnes se divisaient selon les biens.

Aux fiefs répondaient les seigneurs et vassaux; aux alleux, les hommes simplement libres.

Les fiefs et les alleux renfermaient des serfs, hommes dont la condition constituait une première transformation

(1) Laferrière, *histoire du droit français*, tom. 1, p. 145.
(2) *Origines du droit français*, introduction, p. 36.

de l'esclavage, et qui, toutefois, espèce de bétail, étaient de véritables immeubles par destination.

« Ainsi la terre, selon les expressions de M. Michelet, est tout dans le système féodal; l'homme y est attaché, il est classé, qualifié par la terre, il en suit le rang, il en porte le nom, il la possède, mais il en est possédé. Le système féodal est comme une religion de la terre. Toute religion a sa langue sacrée; ici, c'est le blason. L'homme de la terre porte sa terre avec lui, peinte sur son écu. Le champ de l'écu sera noir comme la bonne terre labourée, vert comme l'herbe naissante, rouge du sang de ceux qui y toucheront. Dans ces champs d'orgueil on verra des lions, des dragons, des aigles, des monstres, qui y symbolisent le mélange des nobles familles.

« L'Allemagne aimait le vert dans les armoiries; la France a préféré les couleurs du ciel (1). »

La justice était rendue par les seigneurs ou en leur nom. Le gouvernement féodal avait pour maxime : *Point de seigneuries sans justice*.

Ce gouvernement dura trois siècles, depuis le neuvième jusqu'au treizième. C'est sur ses ruines que s'est lentement élevée la monarchie. Quant à la féodalité, elle a duré jusqu'en 1789.

Lorsque les seigneurs, autres que le roi, n'eurent plus le droit de faire la guerre, la foi et hommage ne contint plus la promesse du service militaire; ce ne fut qu'une reconnaissance solennelle de la tenure du fief.

L'affranchissement des serfs amena les seigneurs à concéder, moyennant des fruits ou autres redevances annuelles,

(1) *Origines du droit français*, introduction, p. 37 et suiv.

des terres qui avaient besoin de culture. Ce genre de concessions s'appela *le bail à cens*, et les terres concédées, *les censives*.

Les anciens serfs qui vont rompre la terre concédée s'appelleront *roturiers* (*ruptuarii*), ou bien *vilains* (*villa*, maison des champs). La terre elle-même s'appellera *terre de roture*. Passant de main en main, elle conservera son indélébile caractère; le noble qui viendra à la posséder sera roturier par rapport à elle (1).

Les *coutumes* prirent naissance pendant le gouvernement féodal.

Les races s'étant confondues, les lois barbares, qui jusqu'alors avaient été personnelles, c'est-à-dire distinctes selon les races, devinrent territoriales ou distinctes selon les lieux, et par conséquent très-multiples, soit dans leur forme, soit dans leurs principes.

Il n'y eut plus d'unité que dans la législation de l'Eglise, seule placée au-dessus de toutes les diversités locales.

Cette révolution dans les lois s'accomplit du ix.^e au xi.^e siècle.

Toutefois, les coutumes ne se formèrent que dans les provinces du nord.

Les provinces méridionales plus voisines de l'Italie, et dans lesquelles les Romains avaient toujours formé la plus grande partie de la population, conservèrent surtout les traditions du code Théodosien, sans ignorer complètement le droit de Justinien. Elles acceptèrent plus tard les lois

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 1, p. 124.

de celui-ci, lorsque, vers le xii.^e siècle, ces lois reprirent dans l'Italie leur valeur primitive.

On conçoit donc qu'il y eut plus d'alleux dans le midi que dans le nord. On disait dans le nord : *Nulle terre sans seigneur*; on disait, au contraire, dans le midi : *Nul seigneur sans titre*. Ici la présomption était en faveur de la liberté des terres; là, leur vassalité était la règle.

Les coutumes ne furent écrites que sous Charles VII, en vertu d'une ordonnance de 1453.

A cette époque la féodalité décroissait, et la société civile progressait.

La rédaction écrite des coutumes offre donc le dernier état du droit qu'elles avaient successivement consacré.

La puissance paternelle du nord fut empreinte, dans le principe, d'une grande sévérité.

Les Capitulaires prouvent que les pères pouvaient vendre leurs enfants.

Beaumanoir dépose du même usage.

Le *grand coutumier* dit : « Un laiz ou don qui est fait à mon enfant, étant à ma jouissance, vient à mon profit (1). »

L'influence du christianisme adoucit ces rigueurs.

Au xiv.^e siècle, la puissance paternelle ne s'exerça plus que durant le mariage.

A la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, le survivant avait la *garde* ou tutelle légitime des enfants.

Du vivant même du père et de la mère, la puissance paternelle pouvait finir par l'émancipation, la majorité, le

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 1, p. 133.

mariage, la prêtrise, et la demeure séparée. En aucun cas l'enfant affranchi de la puissance de son père ne retombait sous la puissance de l'aïeul ou des autres ascendants.

L'enfant en puissance de père était sur la même ligne que l'enfant en puissance de tuteur; il ne pouvait s'obliger ni ester en justice sans autorisation.

La puissance paternelle attribuait l'usufruit sur les biens personnels des enfants. Par exception, les coutumes de Poitou et de Bretagne donnaient au père ce qui était acquis par le fils en puissance (1).

Le droit successoral des coutumes offre une très-grande diversité de principes; néanmoins il consacre très-nettement les trois ordres d'héritiers, qui, à toutes les époques, se reproduisent comme le même type fondamental : 1.^o les descendants; 2.^o les ascendants; 3.^o les collatéraux.

« Par la loi de la nature, dont nos coutumes ne se sont point écartées, dit Pothier, les enfants d'un défunt sont appelés à sa succession préférablement à tous les autres parents (2). »

La représentation en ligne directe descendante, à l'infini, était universellement admise par les coutumes, à l'exception de celles de Ponthieu, du Boulonnais, de l'Artois et du Hainaut.

L'origine de la représentation dans le droit coutumier

(1) Klimrath, *Etudes sur les coutumes; Revue de législation*, t. 6, p. 362 et suiv.

(2) *Traité des successions*, chap. 2. — Ces mots, spécialement écrits pour les coutumes de Paris et d'Orléans, peuvent s'appliquer aux coutumes en général.

est assez singulière pour qu'elle mérite d'être rappelée. M. Michelet la rapporte ainsi : En l'an 941, en Allemagne, quelques-uns pensaient que les fils des fils ne devaient point être comptés parmi les fils, ni prendre en rang légitime leur part à l'hérédité concurremment avec ces derniers, dans le cas où le père serait mort du vivant de l'aïeul. Mais le roi (Othon I.^{er}), par un conseil meilleur, ne voulut pas que les nobles et les anciens du peuple s'exposassent à d'indécentes discussions. Il ordonna que la chose fût décidée par des champions. Or, le parti qui soutenait que les fils des fils comptaient entre les fils, fut vainqueur, et il fut réglé qu'ils prendraient part avec leurs oncles paternels, et que ce serait chose stable et ferme à jamais (1). »

Les coutumes admettaient parmi les descendants deux causes graves d'inégalité : le droit de masculinité et le droit d'aisne.

Ainsi, diverses coutumes excluaient les filles au profit des mâles nobles, et quelquefois des mâles roturiers, tantôt dans la succession aux biens nobles, quelquefois dans la succession aux biens roturiers.

Cette exclusion avait lieu contre les filles mariées et dotées.

Certaines coutumes les excluaient, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de roses*.

La coutume de Normandie prononçait cette exclusion, alors même qu'elles n'avaient reçu aucune dot.

« Que plusieurs peuples, dit M. Michelet, aient refusé toute succession à la femme, je le conçois à merveille. Ce

(1) *Origines du droit français*, p. 64.

ne fut pas toujours dureté, mépris de la faiblesse, mais peut-être aussi un noble instinct, une vue plus haute du mariage, plus désintéressée et plus idéale. Ils voulaient que la femme passât aux mains de l'homme sans autre dot que sa blanche robe, son voile blanc, son *chapel de roses*; qu'en elle, il fût bien sûr de n'avoir aimé qu'elle-même; qu'il travaillât pour elle, qu'il la nourrît. Là est la beauté, la gravité du mariage, que l'homme soit la providence de sa femme et de ses enfants (1). »

Ces vues élevées viennent du cœur ou de l'imagination; elles sont contraires à la vérité historique. Je ne crois pas que jamais le droit se soit inspiré de cette exquise délicatesse.

Dans le droit coutumier, du moins, l'exclusion des filles eut pour cause première le service militaire attaché au fief, et dont les femmes étaient incapables; puis la nécessité politique de conserver les biens dans la famille et de perpétuer la splendeur du nom.

Les coutumes qui appliquaient les principes de l'exclusion, malgré la qualité roturière des biens et des personnes, s'étaient laissées aller à l'imitation d'une idée toute féodale.

Certaines coutumes repoussaient l'exclusion; mais elles arrivaient au même but, par les mêmes motifs, à l'aide de la renonciation des filles, par contrat de mariage et moyennant une dot, à la succession de leur père et de leur mère.

Un grand nombre admettaient seul, ou combinaient avec l'exclusion ou la renonciation, le droit d'aînesse.

Elles étaient très-variées à l'égard de ce droit.

(1) *Origines du droit français*, introduction, p. 20.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordaient le droit d'aînesse au fils aîné, aux fils et même aux filles qui le représentaient.

Les représentants prenaient tous ensemble le préciput d'aînesse qu'aurait pris leur père; mais, dans la subdivision qu'ils faisaient entre eux, l'aîné de la branche prenait lui-même un droit d'aînesse sur ses frères et sœurs. Quand le fils aîné n'était représenté que par des filles, il n'y avait pas lieu, entre elles, au droit d'aînesse dans la subdivision.

D'après ces coutumes, le droit d'aînesse ne s'appliquait pas non plus entre filles au premier degré.

D'autres coutumes, au contraire, donnaient ce droit à la fille aînée, à défaut d'enfants mâles.

Certaines coutumes ne donnaient le droit d'aînesse que dans les fiefs, d'autres le donnaient dans les autres espèces de biens.

Quelques-unes distinguaient entre les enfants nobles et les enfants roturiers (1).

Le droit d'aînesse consistait,

1.^o Dans un manoir, c'est-à-dire une maison à demeurer, que l'aîné avait le droit de choisir parmi toutes celles de la succession;

2.^o Dans une certaine quantité de terre autour du manoir, appelée le *vol du chapon*, et qui était ordinairement d'un arpent (2);

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. 2; Argou, *Institution au droit français*, liv. 2, chap. 23.

(2) *L'ager romanus*, les choses *mancipi*, la terre *salique*, le manoir et le *vol du chapon*, toutes ces choses, à de grands

3.^o Dans une portion, diversement réglée, du surplus des biens.

L'aîné avait encore, en règle générale, la prérogative d'être le dépositaire de tous les titres de la famille, tels que contrats de mariage, partages, cartes généalogiques, titres de noblesse. Il conservait pareillement les portraits de famille, les manuscrits du père commun, ceux des ancêtres ou autres personnes de la famille, les livres notés de la main du père commun, les marques de dignité du père commun, ou des ancêtres (1).

A défaut de descendants, la plus grande partie des coutumes déferaient aux ascendants la succession des meubles et des *acquêts*, qu'ils partageaient entre eux, par têtes, à l'exclusion de tout collatéral.

Les *propres*, c'est-à-dire les immeubles que le défunt avait recueillis dans la succession de ses parents, étaient soumis à cette grande règle : *Propre héritage ne remonte*.

Elle signifiait, dans le principe, que les ascendants ne succédaient pas à leurs enfants, et même qu'à défaut de parents de ceux-ci, le fisc leur était préféré.

Son origine était féodale, et son but primitif fut d'empêcher les ascendants de succéder aux fiefs, parce que leur âge les rendait incapables de porter les armes.

Dans le dernier état du droit coutumier, elle voulait dire seulement que l'héritage propre d'une famille ne re-

intervalle, se touchent et se confondent. C'est toujours la propriété dans sa plus haute expression de la personnalité humaine. La poésie, qui sert d'asile à tous les types tombés, célèbre aujourd'hui le toit paternel.

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. 2.

montait point aux ascendants d'une autre famille; qu'ainsi, le père et les ascendants paternels étaient exclus de la succession des propres maternels par les parents collatéraux de la famille à laquelle ces propres étaient affectés, à quelque degré qu'ils fussent; que, de même, la mère et les ascendants maternels étaient exclus de la succession des propres paternels par les parents collatéraux de la famille paternelle.

Mais elle n'empêchait pas les ascendants d'être héritiers de leurs enfants pour les propres qui provenaient de leur côté (1).

C'est ainsi encore que les ascendants avaient le droit exclusif de recueillir les choses par eux données à un descendant mort sans postérité.

Réduite à ces termes, la règle dont je parle n'avait plus d'autre but que de maintenir les biens dans les familles.

Les collatéraux formaient le troisième ordre d'héritiers. Le plus proche excluait le plus éloigné.

Néanmoins, le droit de représentation, la prérogative du double lien et celle de la masculinité, apportaient des exceptions à cette règle.

Enfin, en ligne collatérale, la succession des propres avait aussi ses principes particuliers.

Certaines coutumes rejetaient entièrement la représentation des collatéraux; d'autres l'admettaient en faveur seulement des neveux et des nièces; d'autres, enfin, l'admettaient à l'infini.

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. 2.

En vertu du double lien, les frères et les sœurs germains excluèrent, dans certaines coutumes, les frères et les sœurs consanguins et utérins.

Dans d'autres, le même privilège appartenait à leurs enfants.

La prérogative de masculinité avait lieu dans la succession collatérale des fiefs.

Elle était ainsi formulée dans la coutume d'Orléans :
En succession de fiefs en ligne collatérale, le mâle en pareil degré for-cloist la femelle.

La coutume de Paris et plusieurs autres avaient des dispositions semblables.

Il y avait même des coutumes où les fiefs ne se partageaient point en ligne collatérale, soit entre nobles, soit entre roturiers. L'aîné des mâles, et, à défaut de mâle, l'aînée des filles, succédait exclusivement à ce genre de biens. On disait dans ces coutumes que les fiefs étaient *impartables* (indivisibles) (1).

Quant à la succession des propres en ligne collatérale, elle révèle de nouveau la pensée et l'action conservatrices du droit coutumier.

Ainsi, certaines coutumes attribuaient les propres au plus proche collatéral de celui qui, le premier, les avait acquis et mis dans la famille. On appelait ces coutumes de *côté et ligne*.

D'autres, appelées *souchères*, les attribuaient exclusivement au collatéral qui descendait en droite ligne du premier acquéreur.

D'autres, enfin, ne remontaient pas jusqu'à l'origine propres; elles se bornaient à les adjuger aux parents paternels ou aux parents maternels du défunt, selon qu'il les avait recueillis dans la succession de son père ou d'un parent paternel, ou bien dans la succession de sa mère ou d'un parent de celle-ci. C'était la règle *paterna paternis, materna maternis* (1).

Le principe de conservation des biens dans les familles, qui se révélait par l'exclusion des filles mariées, par le droit d'aînesse, et par les règles de la succession des propres en ligne ascendante et en ligne collatérale, était profondément sage, éminemment salulaire. Conserver les biens dans la famille, c'était conserver la famille même. Les temps n'étaient pas mûrs pour un système d'hérédité fondé sur l'exacte observation des lois de la nature, parce que la civilisation avait besoin de grandir encore. Il fallait donc vivifier par tous les moyens l'esprit de famille, l'institution de la famille, protéger, en un mot, dans la famille, le germe, le type de l'agrégation générale, attendre que les éléments épars d'un ordre social plus complet eussent été réunis et harmonisés; et, sacrifiant une perfection absolue qui eût été une cause imprudente de dissolution, placer dans une sagesse actuelle et relative le salut des sociétés futures.

Sachons nous incliner devant le droit successoral du moyen-âge, et y reconnaître, comme dans toute l'histoire de l'humanité, des influences souveraines dont la

(1) Pothier, *Traité des successions*, ch. 2.

(1) Argou, *Institution au droit français*, liv. 2, ch. 23, p. 431.

volonté de l'homme n'était que l'instrument passif et secondaire.

Dans le droit coutumier et même dans les provinces de droit écrit, où les Nouvelles 18 et 89 n'étaient pas admises, les enfants naturels ne succédaient ni à leur père ni à leur mère, ni aux parents de ceux-ci, et réciproquement. Ils n'avaient droit qu'à des aliments.

Leur succession, quand ils mouraient sans enfants légitimes, était recueillie par le roi, et quelquefois par le seigneur haut justicier (1).

À défaut de parents légitimes, la généralité des coutumes appelait l'époux survivant à la succession de l'époux prédécédé.

Quelques coutumes préféraient le seigneur haut justicier dans le territoire duquel le défunt avait laissé des biens.

Il y en avait qui, à défaut de parents dans une ligne, préféraient le seigneur moyen justicier, même aux parents de l'autre ligne (2).

Une règle applicable à tous les ordres de successeurs et admise par toutes les coutumes, était ainsi formulée : *Nul n'est héritier qui ne veut.*

Tout successeur pouvait donc répudier l'hérédité, l'accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire.

Pour jouir de ce bénéfice, il fallait l'obtenir du roi par

(1) Pothier, *Traité des successions*, ch. 4; Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 2, p. 339; Argou, *Institution au droit français*, liv. 2, ch. 3, p. 173.

(2) Argou, *Institution au droit français*, liv. 2, ch. 26 et 27, p. 434 et suiv.

des lettres qui se donnaient en la grande chancellerie.

Néanmoins, quelques coutumes accordaient le bénéfice d'inventaire d'une manière expresse. Dans ces coutumes, les lettres n'étaient pas nécessaires (1).

J'ai dit que la famille germaine, à son origine, avait pour fondement le principe d'association.

On conçoit, dès-lors, que le testament, acte de libre volonté, et qui suppose un propriétaire unique et souverain, fut inconnu aux peuples de la Germanie.

Se plaçant à l'époque où les biens, au lieu d'être recueillis, comme dans le principe, par les proches en concurrence avec les enfants, se transmettaient exclusivement à ceux-ci, Tacite s'exprime en ces termes : *Hæredes, successoresque sui cuique liberi et NULLUM TESTAMENTUM* (2).

La transformation de la famille, et, plus tard, le contact des populations romaines, amenèrent chez les vainqueurs des Gaules l'usage des testaments.

Les premiers testaments franciques qu'on rencontre sont du sixième et du septième siècle (3).

L'Eglise fit tous ses efforts pour favoriser cette innovation; elle alla jusqu'à refuser les sacrements à ceux qui mouraient sans avoir fait de legs.

L'Eglise agissait ainsi d'après des vues profondes.

Le testament offre à l'homme le moyen de récompenser les preuves d'affection et les services qu'il a reçus; il encourage ainsi les vivants à faire du bien à leurs semblables, en leur permettant de compter sur la reconnais-

(1) Pothier, *Traité des successions*, ch. 3.

(2) *De moribus Germanorum.*

(3) Michelet, *Origine du droit français*, p. 67.

sance des morts. Chez des peuples barbares, ce sentiment était déjà un immense résultat.

Le testament n'est pas seulement un acte de suprême justice rémunératoire, c'est un acte de propriété; il est donc fait pour attacher l'homme aux biens qu'il possède, d'une manière d'autant plus durable qu'il peut en disposer plus librement.

C'est aussi un acte de force morale, puisqu'il appelle l'homme à s'occuper de sang-froid d'intérêts positifs, dans la prévision de la mort qui sans cesse le menace : c'est la lutte de la vie contre le trépas, le triomphe de l'intelligence sur la matière.

Enfin, le testament, en perpétuant la volonté humaine au-delà du tombeau, rappelle la dignité de notre origine, et grave dans les esprits le sentiment de l'immortalité.

Quels éléments précieux de civilisation au milieu d'une société dont les liens se formaient à peine, et qui avait à apprendre toutes les vérités morales !

Que des historiens accusent donc l'Eglise d'avoir protégé le testament, pour faire faire des legs en sa faveur et accroître ainsi ses richesses, c'est de l'ignorance ou de l'hostilité systématique; pour moi, je dis : honneur à l'Eglise !

Les coutumes adoptèrent le testament, mais elles ne lui donnèrent que la force d'un simple codicille.

Le droit romain, exaltant la volonté individuelle, faisait une large part à la faculté de tester : le système féodal, jaloux de son empire et de sa constitution, restreignait un pouvoir qui, se posant en rival, était de nature à contrarier ses tendances, à déranger ses combinaisons.

Ainsi, les provinces du nord avaient pour maxime que

l'institution d'héritier n'a lieu, que Dieu seul peut faire un héritier.

Dans les coutumes, l'institution d'héritier n'était donc point requise, comme dans le droit romain, pour la validité des testaments. Bien plus, l'héritier institué était un simple légataire. Il devait demander la délivrance de son legs à l'héritier que la loi appelait à la succession, et qui, seul, en était saisi de plein droit.

Les coutumes étaient très-partagées sur la quotité de biens dont on pouvait disposer par testament.

Pothier résume ainsi l'extrême diversité de leurs principes à cet égard :

« La coutume de Berri ne distingue point les propres des autres biens, et ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer. Plusieurs coutumes ne permettent de disposer que d'une partie de ses biens, sans distinguer les propres des autres, et elles fixent différemment cette portion, les unes au quart, d'autres au tiers; celle de Bourgogne, aux deux tiers. Le plus grand nombre de coutumes permet de disposer, par testament, de tous ses meubles et acquêts, mais ne permet de disposer que d'une portion des propres.

» Elles diffèrent encore, en ce que les unes permettent de disposer des meubles et des acquêts en total, soit que le testateur ait des propres ou non; quelques autres, au contraire, subrogent les acquêts aux propres, lorsque le testateur n'a point laissé de propres, et même les meubles aux propres et aux acquêts, lorsque le testateur n'a laissé ni propres ni acquêts, et ne permettent, en ce cas, d'en léguer que la même portion qu'il aurait pu léguer des propres, s'il en eût eu.

» Les coutumes fixent aussi différemment la portion dont on peut disposer des propres. Les unes la fixent à la moitié; les autres, au tiers; les autres, au quart; les autres, au quint : il y en a qui distinguent entre les propres féodaux et les autres propres, en ne permettant de disposer que du quint des propres tenus en fief, et permettant de disposer du quart, du tiers, de la moitié des autres.

» Il y a des coutumes qui, en restreignant le pouvoir de disposer des propres, quant à la propriété, à une certaine portion, permettent néanmoins de disposer du total, quant à l'usufruit, ou permettent de disposer, les unes, de trois années, les autres, d'une année du revenu desdits propres.

» Celles de Paris et d'Orléans, qui sont en ce point suivies d'un très-grand nombre d'autres, permettent de disposer, par testament, de tous les meubles et acquêts, et du quint des propres, *et non plus avant* (1). »

Ces restrictions, établies en faveur des collatéraux, dérivent du principe de conservation qui dominait le droit successoral des coutumes.

Ce droit, après s'être ainsi préoccupé de l'intérêt de la famille considérée comme être collectif, comme unité compacte, en la protégeant dans ses ramifications les plus éloignées, accordait une attention particulière à l'intérêt des enfants. Il établissait en leur faveur une réserve spéciale.

La réserve des enfants s'appelait *légitime de droit*, parce que, sans doute, elle avait été adoptée à l'imitation de la légitime du droit romain.

La réserve des collatéraux, création nouvelle, s'appelait *réserve ou légitime coutumière*.

(1) *Traité des testaments*, chap. 4.

La légitime de droit égalait toujours et surpassait souvent la légitime coutumière; elle exprimait le principe de conservation, porté à son plus haut point d'intensité, parce qu'il s'appliquait à des liens plus puissants et plus sacrés.

La légitime coutumière avait un caractère de réalité; elle s'adressait surtout à l'institution même de la famille : la légitime de droit avait plutôt un caractère de personnalité; elle ressemblait davantage à une faveur.

La coutume de Paris fixait la légitime de droit à la moitié de la part qu'aurait eue un enfant dans les biens de son père, de sa mère, ou de ses autres ascendants, si ceux-ci n'en avaient pas disposé par donation ou par testament. Cette règle était adoptée, selon Lebrun, dans la plupart des autres coutumes (1).

Les ascendants n'avaient pas de légitime (2). Le principe de conservation et de perpétuité ne pouvait pas s'appliquer à la ligne ascendante. On la considérait en quelque sorte comme une source tarie.

La plupart des coutumes déclaraient incompatibles les qualités d'héritier et de légataire. En d'autres termes, elles ne permettaient pas de léguer la quotité disponible à celui qui prenait une part dans la succession à titre d'héritier.

Ici, le droit s'inspirait d'une pensée d'égalité.

La plupart des coutumes obligeaient, en outre, les descendants à rapporter à la masse commune ce qui leur avait été donné entre-vifs; mais elles n'imposaient pas la même

(1) *Traité des successions*.

(2) Argou, *Institution au droit français*, t. 1, p. 525.

obligation aux ascendants et aux collatéraux, en sorte qu'entre ceux-ci l'égalité se bornait au partage des biens possédés par le défunt au moment de son décès (1).

L'idée d'égalité rigoureuse, appliquée seulement aux descendants, occupait donc moins de place dans le droit coutumier que l'idée de conservation, qui s'appliquait aussi aux collatéraux; de nos jours, où la raison universelle triomphe, c'est l'idée d'égalité qui domine.

Au reste, le successible qui renonçait à la succession, pouvait, en général, garder le don et réclamer le legs. Dans ce cas, on ne le regardait pas comme *héritier*.

Ce principe, au premier abord, paraît être une subtilité gratuite, mais il faut y voir une sorte de transaction timide entre les coutumes primitives qui prohibaient tout avantage au profit d'un *héritier*, et la liberté de droit naturel qui nous permet de disposer, même en faveur d'un successible qui a mérité de nous mieux qu'un autre. On méconnaissait l'esprit, mais on observait la lettre.

Le droit coutumier admettait l'exhérédation; elle servait à priver les descendants de leur légitime. Ses causes étaient celles de la Nouvelle 115.

Pothier affirme que l'exhérédation pouvait, à plus forte raison, atteindre les collatéraux, lorsqu'ils s'étaient rendus indignes de la succession du défunt, soit en attendant à sa vie, soit en lui faisant quelque injure atroce. Elle était nécessaire, dit-il, pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritier, la portion des propres que les coutumes affectaient à l'héritier, sous le nom de *légitime coutumière* (2).

(1) Pothier et Lebrun, *Des successions*.

(2) *Traité des successions*, chap. 1.

L'exhérédation ne s'employait pas contre les ascendants, puisqu'ils n'avaient pas de légitime.

Le testament coutumier était olographe ou public.

Le testament olographe était généralement admis.

Quant au testament public, ses formes avaient leur origine dans le droit canonique. Elles présentaient une grande diversité, selon les différentes coutumes.

Il suffit de citer quelques exemples :

Ainsi, le testament devait être fait, tantôt devant deux notaires, tantôt devant le curé de la paroisse du testateur, ou son vicaire-général et un notaire, ou bien devant le curé ou son vicaire et trois témoins, ou bien encore devant un notaire et deux témoins (1).

Dans les provinces du midi, le droit germain régissait le testament pour le fond et pour la forme.

Là, les fiefs seuls se transmettaient aux aînés, et ces biens étaient moins nombreux que dans le nord. Mais la puissance testamentaire intervenait, et, créant des aînés pour les biens qui n'étaient pas nobles, elle achevait de paralyser le principe d'égalité de la Nouvelle 118 (2).

Au xvii.^e siècle, le pouvoir royal avait acquis une haute consistance. Victorieux des grands, il leur prêtait sa force, mais aussi il recevait d'eux une force nouvelle. Il devait donc, par sagesse, conserver et même développer les institutions civiles, qui, en concourant à la stabilité du trône, étaient faites pour protéger dans sa marche le grand œuvre de la centralisation monarchique.

Il porta son attention sur la puissance paternelle et

(1) Argou, *Institution au droit français*, liv. 2, chap. 17, p. 580.

(2) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 2, p. 232 et 233.

sur la puissance testamentaire; il resserra les liens de l'une, il étendit les limites de l'autre.

Ainsi s'accomplit un mouvement que M. Laferrière expose en des termes que je dois citer, parce que je dois les combattre.

« Les barrières antiques entre les diverses classes de la société féodale s'abaissaient, dit-il, de plus en plus. Les mœurs, sans prendre encore cet aspect d'uniformité que leur donna tout à la fois l'esprit de sociabilité et la licence du XVIII.^e siècle, rompaient souvent les dignes vieilles du moyen-âge et de l'orgueil nobiliaire. Malgré la volonté du chef de la famille, et quelquefois à son insu, des mariages se contractaient entre des fils de noble race et des filles bourgeoises, entre des fils de roturiers et des filles de grande maison.

» L'édit de 1639 vint au secours de l'autorité paternelle et de l'orgueil féodal. Au lieu du droit *facultatif* d'exhérédation donné au père en 1556 et 1579, il fulmina l'exhérédation de *plein droit* contre les mineurs mariés sans le consentement de leurs parents. L'exhérédation frappa même la postérité de ces époux téméraires. Les mariages précédés d'enlèvement sont déclarés nuls, tant que la personne ravie est dans la possession du ravisseur; l'exhérédation est aussi encourue alors de plein droit, et la peine de mort plane sur la tête du ravisseur. La défense des mariages secrets est renouvelée avec énergie, et les enfants qui en naissent sont déclarés *indignes de succéder*. Les mariages contractés à la veille de la mort, *in extremis*, sont privés des *effets civils*: cette célébration tardive, à laquelle tenait souvent l'honneur d'une femme trompée par un homme puissant, fut assimilée à l'union de personnes frappées de *mort civile*, par suite de condamnations judiciaires. L'orgueil aristocratique aurait dû

souffrir de cette assimilation de l'état civil de l'homme noble se mariant près de son lit funèbre, et de l'homme du peuple se mariant sous le poids d'une condamnation aux galères à perpétuité; mais l'orgueil accepte l'inconséquence sur un point, quand elle favorise son essor sur un autre point plus important. Par suite de la réprobation jetée sur les mariages *in extremis*, la fille obscure du tiers état et ses enfants n'avaient pas le droit d'aller s'asseoir à l'antique foyer de la famille féodale; on pouvait la laisser expirer de honte et de faim sur le seuil du château dont le maître avait facilement abusé sa jeunesse; et, dans l'assimilation du mariage contracté par l'homme puissant sous l'impression d'un repentir tardif, avec celui de l'homme frappé par la loi, les premières classes trouvaient un principe conservateur de l'éclat de la famille et de la transmission des biens..... Le XVI.^e et le XVII.^e siècle avaient mis dans les mains du *père de famille* l'arme patricienne de l'exhérédation : l'édit de 1697 voulut donner à son pouvoir encore une nouvelle énergie; il permit de frapper d'exhérédation même les enfants majeurs, les fils de trente ans et les filles de vingt-cinq, qui se mariaient sans avoir demandé l'*avis et conseil* de leur père et de leur mère. Une simple irrévérence envers l'autorité paternelle retombait en châtiment injuste sur toute une postérité (1). »

Cette appréciation est-elle aussi vraie qu'elle est éloquente? N'y avait-il que de l'orgueil dans ces exigences paternelles, dans ces sévérités légales? N'avaient-elles pas un caractère d'utilité? Ne prenaient-elles pas leur source dans le respect de la famille pour elle-même, pour ses traditions, pour ses espérances, et dans un instinct légitime

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. 1, p. 421.

de conservation ? On apprécie mal les époques passées, quand on se laisse trop préoccuper par les époques présentes. N'attribuons pas constamment à quelque passion mauvaise, des institutions qu'il est facile d'expliquer par l'organisation intime de la société qui les vit naître. Dans nos mœurs actuelles, où les idées d'égalité ont une si large part, quelle famille ne reculerait pas devant certaines alliances, et même devant certaines réparations ? Est-ce donc encore de l'orgueil, ou bien cette pudeur jalouse, ce sentiment personnel qui appartient aux êtres collectifs comme aux individus ? Laissons passer les temps, respectons leur justice relative, œuvre de Dieu, germe providentiel. Au crime seul attachons l'éternité de la réprobation.

Au mois d'août 1735, il intervint une ordonnance qui eut pour but de fixer la jurisprudence incertaine sur divers points relatifs aux successions testamentaires. « Tels sont, est-il dit dans le préambule, les solennités ou la forme extérieure des dispositions testamentaires; l'institution d'héritier; le vice de la prétériton des enfants du testateur; la manière de laisser ou de fixer la légitime; les différentes déductions, soit de cette portion sacrée dont le privilège est fondé sur la loi naturelle, soit de celle que des lois positives accordent aux héritiers institués, sous le nom de quarte falcidie et de quarte trébellianique; le droit d'élection donné par le testateur à son héritier; enfin l'exécution et l'effet des dispositions que le domicile du testateur, le lieu où le testament a été fait, et la situation des biens, semblent assujétir à des règles différentes ou même contraires. C'est sur des matières si importantes que nous jugeons à propos de rendre la jurisprudence uniforme dans tous les tribunaux

de notre royaume. Notre intention n'est point de faire, dans cette vue, un changement réel aux dispositions des lois qu'ils ont observées jusqu'à présent. Nous voulons, au contraire, en affermir l'autorité, par des règles tirées de ces lois mêmes, d'une manière si précise, que l'incertitude ou la variété des maximes ne soit plus désormais une matière toujours nouvelle d'inquiétudes pour les testateurs, de doutes pour les juges, et de procès ruineux même pour ceux qui les gagnent..... L'établissement d'une règle fixe et certaine aurait toujours été par elle-même un grand avantage pour nos sujets. Mais, notre affection pour eux a été encore plus loin; et, dans le choix que nous étions obligé de faire, nous avons toujours préféré la règle la plus conforme à cette simplicité qui a été appelée l'amie des lois, parce qu'elle prévient ces distinctions ou ces interprétations spécieuses dont on abuse si souvent, pour en éluder la disposition, sous prétexte d'en mieux pénétrer l'esprit ».

Toutefois, l'ordonnance de 1735 n'établit pas une seule uniformité pour tout le royaume, mais deux uniformités, l'une pour les pays de droit écrit, l'autre pour les pays coutumiers.

Les substitutions fidéicommissaires étaient les dispositions testamentaires ou entre-vifs, par lesquelles une chose était donnée à une personne, à la charge, par elle, de la conserver et de la rendre, à sa mort, à une autre personne déterminée.

L'origine des substitutions fidéicommissaires remonte au droit romain, mais c'est le principe d'aristocratie foncière qui les avait naturalisées dans l'ancienne France.

Elles avaient fini par s'étendre, non-seulement à plusieurs personnes appelées les unes après les autres, mais encore à une longue suite de générations. Elles formaient ainsi un nouveau genre de succession, qui frappait la terre d'inaliénabilité en faveur d'une race choisie.

On les regardait comme tendant à conserver le patrimoine des familles, et à donner aux maisons les plus illustres le moyen de soutenir l'éclat de leur rang.

L'application des principes qui les régissaient avait fait naître d'innombrables difficultés.

L'ordonnance du mois d'oct 1747 eut pour unique but de les résoudre. Toutefois, par son esprit et ses tendances, elle se montra contraire aux substitutions.

La féodalité avait réalisé un ordre social temporaire; elle touchait à son terme, sa mission était remplie, la France s'était constituée; encore un effort, et les provinces, fractions trop indépendantes, se seraient confondues dans l'unité générale. La diversité des lois, et avec elle la diversité des mœurs, aurait insensiblement disparu. Sous l'influence du même principe de vie circulant dans les veines du grand corps social, la liberté, la dignité de l'homme, l'égalité politique et l'égalité civile auraient obtenu une part plus large et des garanties nouvelles; la civilisation aurait continué sa marche, triomphant des obstacles futurs comme elle avait vaincu les obstacles passés.

Ce mouvement pouvait s'accomplir sans secousses violentes. Je ne suis pas de ceux à qui les révolutions paraissent indispensables, et qui excusent, par la nécessité, leurs fureurs, leurs crimes et leurs folies. Fatalisme coupable ! Dieu, sans doute, agit sur l'humanité; mais il laisse aussi l'humanité agir sur elle-même; il lui a donné, comme

à l'individu, la conscience du bien et du mal, et le libre arbitre.

Cependant, la société française va passer par des phases lugubres; le désordre des idées, l'oubli de toute croyance, enfanteront des lois monstrueuses; la civilisation sera sur le point de se noyer dans le sang; et, quand elle reviendra au rivage, elle aura des taches que la gloire des batailles n'effacera pas.

L'assemblée constituante abolit d'un trait la féodalité, et proclama l'égalité devant la loi.

Il n'y eut plus de biens nobles, plus de biens roturiers, plus de fiefs, plus de censives, de servitudes féodales, plus de vilains, plus de bourgeois, plus de seigneurs; il n'y eut que des terres libres et des citoyens.

On a loué l'assemblée constituante de son vaste coup d'œil, de ses immenses travaux, de l'universalité de ses réformes; elle a mérité cet hommage, mais elle se montra trop radicale dans l'ordre civil, et ce fut là, je crois, un grand tort. Les réformes ne sont durables qu'à la condition d'être lentes; la prudence vaut mieux que l'enthousiasme. Trop accorder à la fois à l'esprit de changement, c'est appeler les désirs insensés, et, en froissant trop d'intérêts moraux ou matériels, provoquer les mécontentements et les réactions.

Le décret du 8 avril 1791 abolit, entre héritiers *ab intestat*, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, toute inégalité dérivant des exclusions coutumières, de la distinction des sexes, ou des droits de primogéniture; il consacra la représentation, à l'infini, en ligne directe descendante.

Ce décret, respectant le grand principe de la non-ré-

troactivité des lois, eut soin de déclarer qu'il n'aurait d'effet qu'à partir de sa publication.

Il laissait entière la question des testaments.

Cazalès l'avait soulevée dans le sein de l'assemblée.

Il proposait d'étendre à tout le royaume le système complet des lois romaines sur la faculté de tester, voulant ainsi placer, dans la puissance testamentaire, un utile contre-poids à l'égalité absolue du partage des successions légitimes.

Mirabeau, plein de respect pour la propriété, quoiqu'il la considérât comme une *création sociale*, admettait, en principe, le testament. Mais, se préoccupant des abus dont il était la source, en ligne directe, il ne voulait pas que le père de famille pût disposer de plus du dixième de sa fortune; dominé par l'idée d'égalité, il s'opposait surtout à ce que la quotité disponible fût donnée à l'un des enfants.

« Peut-être est-il temps, disait-il, qu'après avoir été subjugués par les lois romaines, nous les soumettions elles-mêmes à l'autorité de notre raison, et qu'après en avoir été esclaves, nous en soyons juges..... Peut-être est-il temps que les Français ne soient pas plus les écoliers de Rome ancienne que de Rome moderne; qu'ils aient des lois civiles faites pour eux, comme ils ont des lois politiques qui leur sont propres; que tout se ressente, dans leur législation, des principes de la sagesse, non des préjugés de l'habitude; enfin, qu'ils donnent eux-mêmes l'exemple, et ne reçoivent la loi que de la raison et de la nature.... »

» Eh quoi! n'est-ce pas assez, pour la société, des caprices et des passions des vivants? Nous faut-il encore subir leurs caprices et leurs passions quand ils ne sont plus? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée

de toutes les conséquences résultant du despotisme testamentaire depuis un temps immémorial jusqu'à ce jour? Faut-il que nous lui préparions encore tout ce que les testateurs futurs peuvent y ajouter de maux par leurs dernières volontés, trop souvent bizarres, dénaturées même?

» N'avons-nous pas vu une foule de ces testaments, où respiraient, tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance; ici un juste éloignement, là une prédilection aveugle? La loi casse les testaments appelés *ab irato*; mais tous ces testaments, qu'on pourrait appeler *a decepto*, *a moroso*, *ab imbecilli*, *a delirante*, *a superbo*, la loi ne les casse point, ne peut les casser. Combien de ces actes signifiés aux vivants par les morts, où la folie semble le disputer à la passion..... (1)! »

Partant d'un principe profondément matérialiste, Robespierre proscrivait d'une manière absolue le droit de tester. Toute sa pensée se résume dans ce peu de mots: « L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière? »

Tronchet se plaçait surtout au point de vue de l'utilité pratique; il voyait dans le testament un moyen donné au père de famille de récompenser la piété filiale, de reconnaître la bienfaisance étrangère, et de réparer, dans le sein même de la famille, les caprices du sort ou les injustices de la fortune. Il pensait donc que l'on devait accorder au père le droit de disposer du quart de ses biens, même au profit de l'un de ses enfants.

L'assemblée nationale comprit l'étendue de la difficulté.

(1) Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe, lu à la tribune nationale par Talleyrand, quelques heures après la mort de Mirabeau.

Le 7 avril, se reposant sur le principe d'égalité que, le lendemain, elle allait introduire dans les successions légitimes, elle ajourna la question testamentaire.

Toutefois, le 5 septembre 1791, peu de temps avant de se séparer, elle témoigna de son respect pour le droit de tester par le décret suivant, qui protège la liberté des héritiers institués : « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou *légataire*, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déléguées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

L'assemblée législative fit très-peu de lois civiles; elle regarda passer la révolution, qui marchait vers 93.

Toutefois, le décret du 25 août 1792 abolit, à l'avenir, les substitutions.

Le décret du 28 du même mois abolit les effets de la puissance paternelle sur les majeurs.

Le décret du 20 septembre suivant (tit. 4, art. 2) fixa uniformément à 21 ans accomplis la majorité, qui variait de 20 à 25 ans, du nord au midi.

Un décret qui porte la même date autorisa le divorce par le consentement mutuel des époux; bien plus, tant était grande déjà la désorganisation qui passait des mœurs dans les lois et des lois dans les mœurs, l'un des époux put faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. « Considérant, est-il dit dans

le préambule, combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte. » En vertu de ce raisonnement profond, mieux aurait valu abolir le mariage; au moins on ne l'aurait pas profané.

La convention nationale fut la plus haute expression de l'époque révolutionnaire.

Elle confirma la prohibition des substitutions par le décret des 25 octobre, 14 et 15 novembre 1792.

Le 7 mars 1793, elle abolit en ligne directe la faculté de tester, et même de donner entre-vifs.

Le 5 brumaire an 2 (26 octobre 1793), un nouveau décret permit de disposer d'un dixième de leur fortune à ceux qui avaient des héritiers en ligne directe, et d'un sixième, à ceux qui n'avaient que des héritiers collatéraux. Mais la disposition ne pouvait être faite au profit des personnes que la loi appelait à la succession.

Ce décret, admettant la rétroactivité des lois, contrairement à toutes les notions d'ordre, d'équité et de sécurité sociales, annula toutes dispositions entre-vifs ou à cause de mort faites par des pères ou des mères encore vivants, au préjudice de leurs enfants, et en faveur de leurs collatéraux ou d'étrangers.

Il annula de même toutes dispositions de cette nature faites par des parents collatéraux au préjudice de leurs héritiers présomptifs, en faveur d'autres collatéraux ou d'étrangers, depuis le 14 juillet 1789.

Bien plus, il déclara que l'égalité dans les partages, proclamée, pour l'avenir, par le décret du 8 avril 1791, serait applicable à toutes les successions ouvertes depuis la même époque du 14 juillet 1789.

Ce n'est pas tout encore ; il déclara que les partages déjà faits à l'époque du 8 avril, pourraient être recommencés.

Un décret du 12 brumaire an 2 (2 novembre 1793), développant le principe adopté le 4 juin précédent, accorda aux enfants naturels les mêmes droits de successibilité qu'aux enfants légitimes.

Ce décret était applicable même aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789.

En accordant ainsi une égale faveur aux fruits d'une union légitime et à ceux du libertinage, la loi outrageait audacieusement la pudeur publique.

Quand la pensée s'appesantit sur les conceptions iniques ou immorales de ce temps, elle ne peut s'empêcher de flétrir ceux qui les mirent au jour du nom de *barbouilleurs de lois*, selon l'énergique expression de l'illustre et infortuné Chénier (1).

Le décret du 17 nivôse an 2 (6 janvier 1794) vint renchérir, dans quelques-unes de ses parties, sur tout cet ordre de choses.

L'article premier annula toutes dispositions à cause de mort, desquelles l'auteur était encore vivant ou n'était décédé que depuis le 14 juillet 1789, quand même elles auraient été faites antérieurement.

Les articles 8 et 9 obligèrent toute espèce d'héritiers à rapporter aux successions auxquelles ils prenaient part, les donations qu'ils avaient reçues du défunt, quoiqu'elles eussent été faites avec dispense de rapport dans les lieux où cette dispense [était permise.

L'article 16 reproduisit le principe du décret du 5 brumaire précédent, sur la faculté de tester.

(1) Lambe 5.

Les lois antérieures avaient laissé subsister la distinction des propres ou des acquêts, celle des propres paternels et maternels.

La loi du 17 nivôse déclara qu'elle ne reconnaissait aucune différence dans la nature des biens ni dans leur origine, pour en régler la transmission.

Dès lors, tous les biens du défunt ne formaient plus qu'un seul patrimoine, qui devait être divisé par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

Cette disposition n'est, certes, pas du nombre de celles qu'il faut blâmer.

On peut accepter encore la préférence accordée aux collatéraux qui descendaient des ascendants les plus proches du défunt, sur ceux qui descendaient des ascendants plus éloignés. C'est ainsi que le neveu était appelé à la succession avant l'oncle du défunt, le cousin-germain ou issu de germain avant le grand-oncle ; les biens passaient à la famille inférieure avant de remonter à la famille supérieure.

Mais la loi de nivôse, ennemie de l'autorité paternelle, refusa toute part dans la succession au père et à la mère du défunt qui avait laissé des frères ou des sœurs, ou des descendants de ceux-ci.

Elle favorisa sans mesure le morcellement des propriétés et le nivellement des fortunes, en admettant la représentation à l'infini en ligne collatérale.

Les nouvelles règles créées par cette loi étaient applicables aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 ; c'était toujours le même esprit d'odieuse rétroactivité.

La convention nationale s'effraya elle-même d'un tel abus. Le 5 floréal an 3 (24 avril 1795), elle rendit le dé-

cret suivant : « La convention nationale décrète la suspension de toute action intentée ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif résultant de la loi du 17 nivôse sur les successions. »

La réaction thermidorienne lui fit faire un pas de plus ; le 9 fructidor suivant (26 août 1795), elle abolit complètement l'effet rétroactif, soit de la loi du 17 nivôse, soit de celle du 5 brumaire.

Enfin, le 3 vendémiaire an 4 (25 septembre 1795), elle appliqua la même pensée de réparation à la loi du 12 brumaire an 2, relative au droit de succéder des enfants naturels.

La société respira sous le directoire. Malheureusement elle eut, pour distraction, des mœurs corrompues ; le présent recueillait les fruits du passé : il n'y avait plus de religion, comment y aurait-il eu encore une morale ?

La loi du 18 pluviôse an 5 (6 février 1797) résolut diverses difficultés pratiques, qui naissaient du droit révolutionnaire relatif aux successions.

Sous le consulat, tous les éléments d'ordre reprirent naissance.

Une loi du 4 germinal an 8 (25 mars 1800) rétablit la faculté de tester sur des bases plus larges ; elle voulut ranimer l'autorité paternelle et l'esprit de famille. La quotité disponible fut fixée au quart des biens, si le défunt laissait moins de quatre enfants ; au cinquième, s'il en laissait quatre ; au sixième, s'il en laissait cinq, et ainsi de suite ; à la moitié, si, à défaut de descendants, il laissait soit des descendants, soit des frères ou des sœurs, soit des

enfants ou petits-enfants des frères ou des sœurs ; enfin, aux trois quarts, lorsqu'il laissait soit des oncles ou grands-oncles, tantes ou grand'tantes, soit des cousins germains ou cousines germaines, soit des enfants desdits cousins ou cousines.

Les libéralités purent être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans être sujetes à rapport.

Le 24 thermidor suivant, une commission fut nommée pour élaborer le code civil ; elle se mit immédiatement à l'œuvre.

Le code civil fut fait avec calme, maturité et conscience ; il fut une œuvre de réparation et de conciliation.

M. Treilhارد, présentant au corps législatif le titre *des successions*, s'exprimait ainsi :

« La société se perpétue par les mariages ; son organisation serait imparfaite, s'il n'existait pas aussi un moyen de transmettre les propriétés de la génération présente à la génération future.

» Vous concevez, législateurs, combien il importe de se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes, lorsqu'on trace un ordre de successions : on dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé. La loi présume qu'ils n'ont eu d'autre volonté que la sienne. Elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même au dernier instant de sa vie, s'il eût pu, ou s'il eût voulu s'expliquer.

» Tel est l'esprit dans lequel doit être méditée une bonne loi sur cette matière. Que chacun descende dans son propre cœur, il y trouvera, gravé en caractères ineffaçables, le véritable ordre de succéder.

» Le bienfait de la vie que des enfants tiennent de leur père est pour eux un titre sacré à la possession de ses biens. Voilà les premiers héritiers.

» Il n'est pas dans l'ordre de la nature qu'un père ferme les yeux de son fils : mais, lorsque l'ordre de la nature est interverti, quel législateur pourrait enlever à un malheureux père la succession de ses enfants ?

» Enfin, s'il n'existe pas de parents dans la ligne directe, les collatéraux les plus proches sont présumés de droit les premiers dans l'ordre des affections. Sans doute, cette présomption n'a pas la même force que celle qui appelle respectivement les pères et les enfants. La nature avait en quelque manière établi entre eux une communauté de biens, et leur succession n'est, pour ainsi dire, qu'une jouissance continuée ; il n'en est pas de même entre collatéraux : mais, dans le silence de l'homme, la loi n'a pu adopter à leur égard d'autre règle que la proximité.

» Voilà, en général, l'ordre des successions, suivant le vœu de la nature ; malheur à ceux qui auraient besoin de raisonnement et de discussion pour reconnaître une vérité toute de sentiment ! »

Ainsi, les auteurs du code civil donnaient pour base au droit de succession, en général, la nécessité sociale, le droit de propriété, et les exigences sacrées de la nature ; en ligne descendante, ils se préoccupaient en outre d'une communauté de biens, source d'une jouissance continuée.

Le sage Domat avait déjà montré l'origine éternelle du droit de succession, en se plaçant au point de vue religieux qu'il ne faut jamais dédaigner dans l'explication des lois humaines. « Comme la vie, disait-il, est un don qui rend nécessaire l'usage des biens temporels, et que Dieu

les donne par un second bienfait qui est une suite de ce premier, il est naturel que les biens étant un accessoire de la vie, ceux des parents passent aux enfants comme un bienfait qui doit suivre celui de la vie..... ; la même raison qui lie au bienfait de la vie celui des biens temporels, et qui fait que les enfants reçoivent l'un et l'autre de leurs parents, demande aussi que, lorsque les ascendants survivent aux descendants qui meurent sans enfants, ils ne soient pas privés de leurs biens, puisque les enfants et les autres descendants tenant la vie de leurs parents, les biens des enfants sont naturellement destinés pour les nécessités de la vie de ceux de qui ils tiennent la leur..... Le troisième ordre des successions légitimes, qui est celui des collatéraux, a son fondement sur la même équité naturelle qui appelle aux successions les descendants et les ascendants ; car, les biens qui devaient passer du défunt à ses descendants, ou, à leur défaut, à ses ascendants, passent naturellement à ceux qui représentent ses ascendants et qui tiennent d'eux leur origine commune avec ce défunt (1). »

D'autres considérations prouvent encore que les successions sont de droit naturel.

Ainsi, je vois dans la succession des descendants l'expression du principe de la vitalité et de la perpétuité des familles. Le nom, les traditions, le lustre que donne la pratique du bien, le ressentiment qu'une faute laisse après elle, les affections, les souvenirs, les espérances, tous ces intérêts moraux dont la famille est le germe, se transmettent à la descendance ; les intérêts matériels doivent

(1) LOIS CIVILES, *Des successions*, préface, n.º 4.

marcher avec eux. Supprimer la transmission héréditaire des biens en ligne directe descendante, c'est nier, contre le droit de nature, la personnalité indestructible de la famille : autant vaudrait la briser complètement et sans détour.

Les ascendants survivent par exception ; ils avaient donné, non seulement la vie, mais l'éducation. Leur dévouement, leurs sacrifices, avaient été le principe de la fortune de ceux qu'ils pleurent. Leur droit à la succession, qu'est-il autre chose qu'une sorte de droit de retour, qu'une jouissance momentanée qui a pour terme inévitable et prochain la loi fatale du tombeau !

Quant à la ligne collatérale, elle est le dernier abri où se réfugie l'esprit de conservation de la société domestique ; les derniers débris doivent donc recueillir les dernières dépouilles.

Le droit de succession, comme toutes les vérités logiques et utiles, a ses détracteurs.

Les uns réclament la communauté universelle des biens, qui exclut toute transmission, tout héritier.

Il suffit ici de leur opposer ces paroles de Domat, d'un sens si profond et d'une simplicité si éloquente : « Le système qui rendrait toutes choses communes à tous serait si plein d'inconvénients, qu'on voit bien qu'il est impossible ; car, l'amour de la justice et de l'équité n'étant pas un bien commun, et qui soit le principe de la conduite de chaque particulier, la communauté universelle de tous les biens serait un système dont l'exécution ne conviendrait pas à un si grand nombre d'associés si pleins d'amour-propre ; et il serait également injuste et impossible que toutes choses fussent toujours en commun, et aux bons

et aux méchants, et à ceux qui travailleraient, et à ceux qui ne feraient rien, et à ceux qui sauraient faire un bon usage et une juste dispensation des biens, et à ceux qui n'auraient pas la fidélité nécessaire pour les conserver à la société, ni la prudence pour en disposer, et qui ne feraient que les consumer et les dissiper ; de sorte que l'état d'une communauté universelle, qui aurait pu être juste et d'usage entre les hommes parfaitement équitables, et qui eussent été dans l'innocence et sans passions, ne saurait être qu'injuste, chimérique et plein d'inconvénients entre des hommes faits comme nous sommes (1). »

Écoutons encore la haute raison de Portalis : « Ceux-là connaissent bien mal le cœur humain qui regardent la division du patrimoine comme la source des querelles, des inégalités et des injustices qui ont affligé l'humanité. On fait honneur à l'homme qui erre dans les bois et sans propriété, de vivre dégagé de toutes les ambitions qui tourmentent nos petites âmes.

» N'imaginons pas pour cela qu'il soit sage et modéré ; il n'est qu'indolent : il a peu de désirs, parce qu'il a peu de connaissances ; il ne prévoit rien, et c'est son insensibilité même sur l'avenir qui le rend plus terrible quand il est vivement secoué par l'impulsion et la présence du besoin. Il veut alors obtenir par la force ce qu'il a dédaigné de se procurer par le travail ; il devient injuste et cruel.

» D'ailleurs, c'est une erreur de penser que des peuples, chez qui les propriétés ne seraient point divisées, n'auraient aucune occasion de querelles ; ces peuples ne se disputeraient-ils pas la terre vague et inculte, comme, parmi

(1) Domat, LOIS CIVILES, *Des successions*, préface, n.º 2.

nous, les citoyens plaident pour les héritages ? Ne trouveraient-ils pas de fréquentes occasions de guerre, pour leurs chasses, pour leurs pêches, pour la nourriture de leurs bestiaux ?

» L'état sauvage est l'enfance d'une nation, et l'on sait que l'enfance d'une nation n'est pas son âge d'innocence.

» Loin que la division des patrimoines ait pu détruire la justice et la morale, c'est au contraire la propriété reconnue et constatée par cette division, qui a développé et affermi les premières règles de la morale et de la justice ; car, pour rendre à chacun le sien, il faut que chacun puisse avoir quelque chose. J'ajoute que les hommes portant leurs regards dans l'avenir, et sachant qu'ils ont quelque bien à perdre, il n'y en a aucun qui n'ait à craindre pour soi la représaille des torts qu'il pourrait faire à autrui.

» Ce n'est pas non plus au droit de propriété qu'il faut attribuer l'origine de l'inégalité parmi les hommes.

» Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talent ; le hasard et les événements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités premières, qui sont l'ouvrage même de la nature, entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société (1). »

Quant à ceux qui voudraient que les biens d'un défunt rentrassent dans une masse générale, de laquelle ils sortiraient ensuite pour être attribués aux plus capables et aux plus dignes par des répartiteurs souverains, ils ne voudraient rien moins que nous placer sous le régime du plus intolérable arbitraire ; or, mieux vaut cent fois la fatale

(1) *Exposé des motifs du titre de la propriété.*

immuabilité de la transmission héréditaire, que la puissance de l'intrigue et la tyrannie du caprice (1).

Le code civil divise les successions *ab intestat* en successions *régulières* et *irrégulières*.

Ainsi il défère d'abord les biens aux héritiers du sang, c'est-à-dire aux parents dont l'ensemble compose réellement la famille tout à la fois naturelle et civile du défunt.

Ce sont les descendants légitimes, les ascendants et les collatéraux.

A défaut de ceux-ci, il les défère à des successeurs qui ne sont qu'imparfaitement du sang du défunt, comme l'enfant naturel, ou qui n'en sont pas du tout, comme le conjoint survivant, et enfin à l'État.

Les premiers sont des successeurs *réguliers*, les seconds des successeurs *irréguliers*.

Cette distinction se révèle avec beaucoup de netteté, quand on compare au chapitre 3 de ce titre, qui expose les droits des descendants, des ascendants et des collatéraux, le chapitre 4, qui consacre ceux de l'enfant naturel, du conjoint survivant et de l'État. Celui-ci est intitulé : *Des successions irrégulières* ; c'est donc le titre contraire qui convient à celui-là.

Dans l'art. 723, la loi appelle les successeurs réguliers *héritiers légitimes*. Ainsi, faute par elle de s'être arrêtée à des termes bien tranchés, tantôt les héritiers légitimes sont

(1) Voyez, dans le second volume de cet ouvrage, au titre *De la propriété*, la réfutation générale des systèmes plus ou moins contraires à la propriété même.

opposés aux héritiers institués ou testamentaires, tantôt ils sont opposés aux héritiers irréguliers.

La différence entre les successeurs réguliers et irréguliers est importante.

Les premiers sont saisis de plein droit de la succession du défunt; la loi leur applique cette maxime du droit coutumier, qui peint en termes énergiques la rapidité immédiate de la transmission des biens : *Le mort saisit le vif*. Ainsi, en vertu de la *saisine*, n'eût-on survécu qu'une minute à celui dont on hérite, on a recueilli sa succession, même sans le savoir, et on l'a transmise à ses propres héritiers. Dès la mort du défunt, l'héritier devient la représentation exacte de sa personne pour tout ce qui concerne la succession; il est propriétaire de ce dont le défunt était propriétaire, possesseur de ce qu'il possédait, créancier de ce qui lui était dû, débiteur de ce qu'il devait.

La *saisine* s'accomplit aussi en faveur des héritiers irréguliers, en ce sens, qu'ils peuvent succéder sans le savoir, et transmettre les droits qu'ils ont recueillis. Mais ils n'ont pas le droit immédiat de prendre possession des biens; ils doivent se faire envoyer en possession par la justice (Art. 724, code civ.).

Sous le rapport honorifique et moral, il fallait cette différence entre ces héritiers et ceux qui sont du sang du défunt. « Les idées morales, dit Malebranche, sont de petits êtres qui méritent de n'être pas trop dédaignés. » D'ailleurs, il y avait à prescrire de sages mesures destinées à constater qu'il n'existe pas d'héritiers du sang, et même à conserver les intérêts de ceux d'entre eux qui, aujourd'hui inconnus, peuvent tout-à-coup apparaître.

Au reste, dans le titre consacré aux successions *ab intestat*, la loi signale d'abord les faits qui donnent ouverture à une succession; elle précise ensuite les qualités qui constituent la capacité de succéder, et les causes qui produisent une indignité; elle détermine les droits des héritiers réguliers et des héritiers irréguliers, établissant des catégories, des rangs, des préférences, des concours, des exclusions; elle admet la représentation à l'infini, en ligne directe, conformément au droit romain; en ligne collatérale, elle ne l'admet qu'en faveur des descendants de frères et de sœurs, mais à l'infini, tandis que le droit romain la restreignait à leurs enfants du premier degré; sur ces deux points, elle transige avec le droit coutumier, qui tantôt l'admettait et tantôt la proscrivait sans limites; elle dit quelles causes devront faire croire à une acceptation, de la part de l'héritier, qui alors se défendra en vain contre les conséquences de son titre; elle prescrit un mode régulier de renonciation, puis un mode neutre qui ne constitue ni l'acceptation, ni la renonciation proprement dite, qui laisse à l'héritier le temps d'explorer la valeur réelle de la succession, et le droit d'isoler son patrimoine des biens du défunt; elle le nomme *bénéfice d'inventaire*. Ici elle place la théorie du partage; elle dit quand et par qui l'action en partage peut être intentée; quelle doit être la forme du partage; dans quels cas et comment ceux des copartageants qui ont reçu des libéralités du défunt doivent les rapporter à la masse commune pour rétablir l'égalité dans sa division; comment les héritiers sont tenus au paiement des dettes, soit entre eux, soit à l'égard des créanciers; quels sont les effets du partage; pour quelles causes il peut être attaqué et rescindé.

Le code civil proscriit entre les descendants toute distinction de sexe, de primogéniture et même de lit.

« Les femmes ne sont ni moins nécessaires ni moins précieuses à la société que les hommes, les cadets que les aînés, les enfants d'un second mariage que ceux d'un premier : la loi les voit tous d'un œil égal, et leur donne à tous les mêmes droits (1). »

Bentham fondait la nécessité du partage égal, entre descendants, sur l'égalité de l'affection paternelle, sur l'égalité de la cooccupation des enfants, enfin, sur l'égalité de besoins (2).

Ces bases peuvent être souvent trompeuses ; elles sont tout au moins inutiles. Il suffit d'invoquer l'égalité de conditions entre les descendants d'un même auteur.

« Ils sont tous également issus de son sang, ils sont tous également pour lui un bienfait de la providence, dont la conservation doit lui être également chère. Il y a donc égalité de droits, et, pour trouver le fondement de cette égalité, il faut sortir de la sphère des besoins et des jouissances domestiques, et s'élever aux notions généreuses et grandes, sur lesquelles repose la dignité humaine (3). »

A défaut de descendants, le Code civil admet le concours des frères et des sœurs du défunt, ou de leurs représentants, avec le père et la mère.

(1) Siméon, discours au corps législatif sur le Titre des successions.

(2) *Traité de législation civile.*

(3) *De la propriété considérée comme principe de conservation, ou De l'hérédité*, par Agnès, docteur en droit, avocat à Saint-Brieuc ; tom. 1, pag. 236.

A défaut du père et de la mère, il donne la préférence aux frères et aux sœurs, ou à leurs représentants, sur les ascendants supérieurs.

Ceux-ci, à leur tour, ont la préférence sur les collatéraux autres que les frères et les sœurs, ou leurs représentants.

On voit que sur tous ces points le Code obéit fidèlement au vœu de la nature.

Il donne à l'enfant naturel, en concours avec l'enfant légitime, une part moindre qu'à celui-ci ; il lui fait subir, en outre, le concours des ascendants et des collatéraux.

Ici, l'intérêt social, qui est la raison relative, l'emporte sur les affections naturelles qui sont la raison absolue. Une distinction était nécessaire entre l'enfant légitime et celui qui ne l'est pas ; il fallait honorer le mariage et accorder, par une préférence pudique, le bienfait d'une consécration nouvelle à une institution éminemment conservatrice.

Le Code préfère au conjoint survivant les collatéraux jusqu'au douzième degré, et l'enfant naturel.

Par là encore, il obéit à des exigences d'équité et d'intérêt public.

L'équité, en effet, plaide la cause de la famille, elle élève la voix en faveur de ceux qui sont du sang du défunt ; l'intérêt public demande que les biens ne sortent pas trop de la famille, afin que cette petite société, qui a ses destinées personnelles, concoure, par sa consistance et sa propre stabilité, à la stabilité générale.

Quand il n'y a pas même d'époux survivant, les alliés ne succèdent pas ; c'est la grande famille, l'état, qui succède : *Populus parens omnium* (Tacite).

Egalité de conditions des descendants, affections présumées du défunt, moralité publique, conservation des biens

dans la famille, hommage à l'intimité qui unissait deux époux; puis, enfin, dévolution des biens à la société collective, tels sont donc les éléments combinés dont s'inspire le système actuel des successions *ab intestat*.

Il faut remarquer maintenant que le Code civil ne considère ni la nature ni l'origine des biens, pour en régler la succession (art. 732, Cod. civ.). Les biens composent un ensemble unique que la loi accepte dans son individualité présente.

Elle proscriit donc le principe des pays coutumiers, en vertu duquel on isolait les biens selon leur nature et leur origine.

Ainsi, plus de biens nobles, plus de biens roturiers.

« Vous ne voulez pas plus du privilège des terres, disait M. Treilhard, que du privilège des races. Ce n'est pas, législateurs, que les services des pères doivent être perdus pour les enfants; loin de nous ces maximes funestes et anti-sociales qui étoufferaient dans l'homme le principe le plus pur et le plus actif d'une louable émulation! Mais, la gloire des aïeux ne tiendra pas lieu d'énergie, de talents et de vertus; les enfants qui n'auront hérité que du nom, resteront accablés sous cet immense fardeau, et la naissance ne dispensera pas du mérite. Voilà l'égalité bien entendue, voilà la véritable égalité (1). »

Ainsi encore, plus de propres, plus d'acquêts.

Enfin, plus de biens paternels et maternels (2).

(1) *Exposé des motifs du titre des successions.*

(2) Il faut voir, au titre *Du mariage*, la théorie complète que j'ai exposée sur la parenté. Là, je l'ai définie, j'ai indiqué ses di-

Sans doute, cette dévolution exclusive des biens à la ligne paternelle ou maternelle, selon qu'ils provenaient de l'une ou de l'autre, avait l'avantage de conserver rigoureusement les fortunes dans la famille où elles s'étaient formées. Mais, cette précision presque mathématique obligeait à rétrograder jusqu'au plus ancien auteur, d'où ils étaient originellement provenus, et l'on s'égarait plus d'une fois en remontant ainsi le cours des générations; d'un autre côté, il pouvait arriver qu'un collatéral paternel très-éloigné recueillît les biens paternels à l'exclusion d'un parent maternel très-rapproché, et réciproquement; or, cette conséquence était d'une sévérité extrême.

En repoussant le droit ancien, le droit actuel semble avoir voulu concilier tous les intérêts; il pose en principe que toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales; l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre, pour les parents de la ligne maternelle (art. 723, code civ.). Quoi de plus simple et de plus ingénieux que cette division fondamentale? Si les parents paternels sont étrangers aux parents maternels, ne forment-ils pas tous pour le défunt une même famille? Et, dès que celle-ci se compose de deux moitiés, ne convient-il pas d'attribuer à chacune d'elles une moitié de la fortune? D'ailleurs, si la ligne paternelle reçoit ainsi des biens maternels, la ligne maternelle peut recueillir à

verses espèces, j'ai dit tout ce qui est relatif aux lignes, à leurs différences, aux rapports variés sous lesquels elles peuvent être envisagées, aux degrés et à la manière de les compter. Il est nécessaire d'être bien pénétré de ces notions pour comprendre ce qui va suivre.

son tour des biens paternels, et dès-lors il y a entre elles une parfaite égalité de chances (1).

Cette première division opérée entre les deux lignes, il ne se fait plus de division entre les diverses branches (Art. 734, code civ.).

Ainsi, il est désormais inutile de s'épuiser en recherches de titres et en tableaux généalogiques, pour séparer les parents paternels et maternels du père du défunt, d'avec les parents paternels et maternels de sa mère. La moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier qui est le plus proche dans sa ligne, sauf le cas de la représentation. Si, dans la même ligne, il y a plusieurs héritiers qui soient au même degré, ils partagent entre eux et par tête (Art. 734, code civ.).

Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne (sauf ce qui sera dit à l'art. 752), tandis que les germains prennent part dans toutes deux. Ainsi, un frère germain en concours avec un frère utérin dans la succession d'un troisième frère, recueillera seul la moitié dévolue à la ligne paternelle, et il partagera avec le frère utérin la moitié dévolue à la ligne maternelle (Art 733, code civ.).

Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent pas.

« Les relations de famille sont effacées dans un si grand éloignement, et une longue expérience nous a prouvé que des successions dévolues à de telles distances étaient tou-

(1) On conçoit très-bien pourquoi la loi n'applique pas cette division aux successions échues à des descendants : c'est que ceux-ci sont tout à la fois parents du défunt du côté de son père et du côté de sa mère, puisqu'ils viennent de lui en ligne directe.

jours en proie à une foule de contestations qui concentraient, pour ainsi dire, toute l'hérédité dans la main des gens de justice. Heureux encore lorsque la cupidité enflammée ne soutenait pas ses prétentions par de fausses généalogies, si difficiles à connaître quand il faut remonter à plusieurs siècles (1) ! »

A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout; mais, tant qu'il y a dans les deux lignes un ascendant ou un collatéral au degré successible, il ne se fait aucune dévolution de l'une à l'autre (Art. 755, 733, code civ.).

Le code civil consacre la faculté de tester.

Elle est de droit naturel; elle a pour base le droit sacré et fécond de propriété.

En vain dit-on que la propriété finit avec la vie, et que, dès-lors, l'homme n'a pas le droit de disposer pour le temps où il n'existera plus.

Si le testament ne doit être exécuté qu'après la mort du testateur, il n'en a pas moins été fait pendant sa vie; il est l'expression actuelle de ce qu'il a voulu quand il avait la faculté de vouloir.

Leibnitz, cherchant la raison philosophique du testament, la fait résider dans l'immortalité de l'ame. A ses yeux, les morts vivent encore, ils sont encore propriétaires, leurs héritiers ne sont en quelque sorte que leurs mandataires : *Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero hæredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam.*

(1) M. Treilhard, *Exposé des motifs du titre des successions.*

Au reste, que l'on admette la consolante pensée de l'immortalité de l'ame, ou la rebutante doctrine du matérialisme, il est toujours vrai de dire que la volonté exprimée par l'homme pendant sa vie doit être respectée après son décès, par là même que du fond de la tombe il ne peut plus s'élever de volonté contraire.

Le testament repose encore sur la liberté humaine ; il est l'une des formes les plus puissantes, les plus nécessaires qu'elle puisse revêtir. Propriétaire, l'homme a le droit de disposer ; autrement, il ne serait qu'un simple usufruitier. Or, priver l'homme de la faculté de disposer pour le temps où il ne sera plus, c'est le contraindre à se dépouiller actuellement ou à ne se dépouiller jamais. Cette alternative est une blessante tyrannie.

Enfin, si le testament a ses dangers comme toutes les institutions humaines, s'il peut produire les abus que signalait Mirabeau, il n'en est pas moins vrai qu'il permet à l'homme de donner un libre essor aux passions généreuses. Il entretient sur la terre le commerce des bienfaits ; il est souvent un besoin de l'amitié, une loi dictée par la reconnaissance, une forme ingénieuse de la charité : à l'heure suprême, il est toujours une intime consolation.

Au nom de quels sophismes voudrait-on donc priver l'humanité d'un tel élément de force et de grandeur morale ?

Pour concilier la transmission héréditaire des biens et leur transmission légitime, la loi a institué la *quotité disponible* et la *réserve légale*.

La réserve légale, c'est la portion du patrimoine frappée d'inaliénabilité ; c'est la succession même *ab intestat* élevée à une puissance supérieure, et soustraite à l'action

du testateur par le plus grand développement de son principe.

Le code civil admet une réserve en faveur des descendants et des ascendants.

Il n'en admet pas au profit des collatéraux, pas même dans l'intérêt des frères et des sœurs.

M. Bigot-Prémeneu s'exprimait ainsi sur ce point dans *l'Exposé des motifs du titre des donations et des testaments* :

« Le guide le plus sûr des législateurs est l'expérience : l'on n'a jamais admis, ni à Rome, ni en France, dans les pays de droit écrit, de légitime en faveur des frères ; le frère ne pouvait se plaindre de la disposition dans laquelle il avait été oublié, que dans un seul cas, celui où une personne mal famée, *turpis persona*, avait été instituée héritière. La réclamation que le frère pouvait alors faire d'une portion des biens n'était, sous le nom de légitime, qu'une vengeance due à la famille qui avait éprouvé du testateur une aussi grande injure.

» Cependant, le tableau de l'amitié fraternelle n'a jamais été plus touchant que dans les pays où la liberté de disposer est entière.

» Si, comme on l'a démontré, celui qui ne doit éprouver aucune contrainte dans ses dispositions de dernière volonté, est beaucoup plus porté aux actes de bienfaisance pendant sa vie, c'est surtout entre frères que cette assistance mutuelle est vraisemblable et qu'elle peut influencer sur leur prospérité.

» Plus la réserve que l'on croirait pouvoir faire au profit des frères et des sœurs serait modique, et moins elle pourrait être d'une utilité réelle ; moins on doit la préférer

aux grands avantages que l'on peut se promettre d'une pleine liberté de disposer.

» Si on imposait en collatérale des devoirs rigoureux de famille, ce devrait aussi être au profit des neveux dont le père et la mère sont décédés : ce sont ces neveux qui ont le plus besoin d'appui ; c'est à leur égard que les oncles tiennent lieu d'ascendants ; c'est aux soins et à l'autorité des oncles qu'est entièrement confié le sort de cette partie de la famille.

» On ne pourrait donc pas se borner au seul degré de frères et de sœurs, si on voulait, en ligne collatérale, établir une réserve légale ; et cependant ceux même qui ont été d'avis de cette réserve n'ont pas pensé qu'on pût l'étendre au-delà de ce degré, sans porter injustement atteinte au droit de propriété. »

Le code civil permet au testateur de donner la quotité disponible à l'un des héritiers, et de le dispenser du rapport.

Il est vrai que cette faculté offre à l'homme le moyen de rompre l'égalité civile des partages.

Mais elle se justifie par les considérations les plus puissantes. Elle a pour but de fortifier la puissance paternelle ; elle se prête aux combinaisons les plus sages et les plus utiles.

« S'il est défendu au chef de famille, disait encore M. Bigot-Préameneu, de venir au secours de l'un de ses héritiers, s'il ne peut encourager l'autre, s'il a les mains liées pour soulager les maux dont il est témoin, et pour faire cesser des inégalités affligeantes entre ceux qu'il voudrait rendre également heureux, c'est alors qu'il sent tout le poids de ses chaînes ; c'est alors qu'il maudit l'erreur de

la loi qui s'est mise à sa place pour ne remplir aucun de ses devoirs, et qui, se trompant sur le vœu de la nature, n'a établi ses présomptions que sur une inégalité chimérique ; c'est alors qu'il est affligé de sa nullité dans sa propre famille, où le sort de chacun a été réglé d'avance par l'interdiction prononcée contre lui, où il est dépouillé du principal moyen de faire respecter une autorité dont le seul but est de rétablir ou de maintenir l'ordre, où il n'a ni la puissance de faire le bien, ni celle de prévenir le mal (1).

Le code civil n'admet pas le droit d'exhérédation.

Loin de faire de l'institution d'héritier une condition essentielle de la validité du testament, il permet au testateur de disposer sous forme de legs, ou sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. Il l'autorise même à ne disposer, si bon lui semble, que d'une partie de ses biens : alors le surplus appartient aux héritiers légitimes.

Il abolit, en principe, les substitutions, désormais incompatibles avec nos mœurs.

En résumant les laborieuses investigations qui précèdent, la pensée découvre l'immense progrès qui s'accomplit au sein de l'humanité.

Non seulement notre civilisation répond à la civilisation romaine, mais elle la domine de toute sa hauteur.

Plus encore que le droit de Justinien, le Code civil,

(1) *Exposé des motifs du titre des donations et des testaments.*

dans ses dispositions sur les successions légitimes et testamentaires, est dépouillé d'un esprit exclusif et qui lui soit propre.

La famille d'aujourd'hui n'est pas plus la famille de Rome, quand elle finit, que celle de la Germanie, quand elle commence. Plus de puissance austère, plus d'association. Les droits imprescriptibles de la personnalité ont dominé la théorie de la substantialité; désormais la liberté individuelle l'emporte et s'abrite sous un pouvoir essentiellement protecteur. Plus d'exclusions, plus de privilèges dans les transmissions héréditaires; l'égalité et l'équité sont devenues plus puissantes que les doctrines de conservation, et, en présence de la liberté de l'industrie et de la vaste complication des intérêts les plus divers, l'immobilité du patrimoine a fait place à l'agitation incessante qui tantôt abaisse, tantôt élève les individus et les fortunes.

Au reste, le Code civil tout entier est sans originalité, sans couleur nationale. Réfléchissant quelque chose de tous les temps, de tous les systèmes passés, il exprime un vague naturalisme. Comme la société actuelle, il est fait avec des ruines:

Cependant, c'est une grande œuvre qui régit une grande civilisation.

Tout s'amasse donc pour se disperser, tout s'élève pour périr; mais Dieu reste, et, par sa volonté, la mort engendre la vie, et toujours l'édifice nouveau a un caractère de perfection qui manquait à l'édifice tombé. Avec l'action du temps et sous une influence mystérieuse, les diversités de toute nature s'effacent et disparaissent, les considérations relatives s'affaiblissent, la raison universelle triomphe; le monde a marché de la famille à la cité,

de la cité à la province, de la province à la nation, il arrivera à l'unité. C'est sa loi providentielle, et, dans le lointain des âges à venir, sa destinée suprême.

F. TAULIER.

NOTE.

En exposant, ci-dessus page 433, les principes de la loi salique, je n'ai pas cité le texte de cette loi. Il me semble donc utile d'ajouter la note ci-après :

Voici les termes de la loi appelée *pactus legis salicæ antiquior*.

Si quis mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si pater aut mater superstitis fuerint, in ipsam hæreditatem succedant.

Si pater et mater non superfuerint, et fratrem aut sororem dimiserit, in hæreditatem ipsi succedant.

Si isti non fuerint, tunc soror matris in hæreditate succedat.

Si vero soror matris non fuerit, sic soror patris in hæreditate succedat.

Et postea sic de illis generationibus, quicumque proximior fuerit, ipsi in hæreditate succedant, qui ex paterno genere veniunt.

De terra vero salica in mulierem nulla portio hæreditatis transit, sed hoc virilis sexus acquirit, hoc est, filii in ipsa hæreditate succedunt. Sed ubi inter nepotes aut pronepotes post longum tempus de alode terræ contentio suscitatur, non per stirpes, sed per capita dividantur (1).

Quant à la loi nommée *lex salica recentior, emendata, reformata*, elle s'exprime ainsi :

Si quis homo mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si pater aut mater superfuerint, ipsi in hæreditatem succedant.

Si pater aut mater non superfuerint, et fratres vel sorores reliquerit, ipsi hæreditatem obtineant.

Quod si nec isti fuerint, sorores patris in hæreditatem ejus succedant.

Si vero sorores patris non exstiterint, sorores matris ejus hæreditatem sibi vindicent.

(1) Tit. 62, de alodis.

Si autem nulli horum fuerint, quicumque proximiores fuerint de paterna generatione, ipsi in hæreditatem succedant.

De terra vero salica nulla portio hæreditatis mulieri veniat : sed ad virilem sexum tota terræ hæreditas perveniat (1).

C'est au premier texte que je me suis attaché.

C'est aussi sur ce texte que Montesquieu a raisonné, pour démontrer que la loi salique n'exclut pas indistinctement les filles de la terre salique.

Voici, du reste, le passage de Montesquieu :

« Il me sera aisé de prouver que la loi salique n'exclut pas indistinctement les filles de la terre salique ; mais dans le cas seulement où des frères les excluraient :

» 1.^o Cela se voit dans la loi salique même, qui, après avoir dit que les femmes ne posséderaient rien de la terre salique, mais seulement les mâles, s'interprète et se restreint elle-même ; « c'est-à-dire, » dit-elle, que le fils succédera à l'hérédité du père ; »

» 2.^o Le texte de la loi salique est éclairci par la loi des Francs ripuaires, qui a aussi un titre (2) des aleux très-conforme à celui de la loi salique ;

» 3.^o Les lois de ces peuples barbares, tous originaires de la Germanie, s'interprètent les unes les autres, d'autant plus qu'elles ont toutes à peu près le même esprit. La loi des Saxons (3) veut que le père et la mère laissent leur hérédité à leur fils et non pas à leur fille : mais que, s'il n'y a que des filles, elles aient toute l'hérédité ;

» 4.^o Nous avons deux anciennes formules (4) qui posent le cas où, suivant la loi salique, les filles sont exclues par les mâles ; c'est lorsqu'elles concourent avec leur frère ;

(1) Tit. 62, de alode.

(2) Tit. 56.

(3) Tit. 7, § 1. *Pater aut mater defuncti, filio, non filia, hæreditatem relinquunt.* § 4. *Qui defunctus, non filios, sed filias reliquerit, ad eas omnis hæreditas pertinet.*

(4) Dans Marculfe, liv. II, form. 12, et dans l'appendice de Marculfe, form. 49.

» 5.^o Une autre formule (1) prouve que la fille succédait au préjudice du petit-fils ; elle n'était donc exclue que par le fils ;

» 6.^o Si les filles, par la loi salique, avaient été généralement exclues de la succession des terres, il serait impossible d'expliquer les histoires, les formules et les chartres, qui parlent continuellement des terres et des biens des femmes dans la première race (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 18, chap. 22). »

J'ai dit aussi que, d'après la loi salique, le dernier ordre de successeurs était formé par les parents mâles jusqu'au cinquième degré, et que, dès-lors, une femme au cinquième degré aurait succédé au préjudice d'un mâle du sixième. C'est l'opinion de Montesquieu, qui interprète ici la loi salique par la loi des ripuaires, dont le droit successoral est ainsi formulé :

Si quis absque liberis defunctus fuerit, si pater materque superstiles fuerint, in hæreditatem succedant.

Si pater materque non fuerint, frater et soror succedant.

Si autem nec eos habuerit, tunc soror matris patrisque succedant ; et deinceps usque ad quintum genuculum, qui proximus fuerit, in hæreditatem succedat. Sed cum virilis sexus exstiterit, femina in hæreditatem aviaticam non succedat (2).

Je saisis cette occasion pour faire remarquer que la loi salique ne s'occupe pas directement de la succession au trône, et qu'elle ne prononce, sur ce point, aucune exclusion expresse contre les femmes. On a fait dériver leur exclusion de la couronne de leur exclusion de la terre salique. Il existait, d'ailleurs, chez les peuples d'origine germanique, un rapport remarquable entre le droit successoral civil et le droit successoral politique. Montesquieu le signale en ces termes :

« Après ce que nous venons de dire, on ne croirait pas que la succession personnelle des mâles à la couronne de France pût venir de la loi salique. Il est pourtant indubitable qu'elle en vient. Je le prouve par les divers codes des peuples barbares. La loi salique et la loi des Bourguignons ne donnèrent point aux filles le droit de succéder à la terre avec leurs frères ; elles ne succédèrent pas non plus à

(1) Dans le recueil de Lindembroch, form. 55.

(2) Tit. 56, de alodibus.

la couronne. La loi des Wisigoths, au contraire, admit les filles à succéder aux terres avec leurs frères ; les femmes furent capables de succéder à la couronne. Chez ces peuples, la disposition de la loi civile força la loi politique.

» Ce ne fut pas le seul cas où la loi politique, chez les Francs, céda à la loi civile. Par la disposition de la loi salique, tous les frères succédaient également à la terre ; et c'était aussi la disposition de la loi des Bourguignons. Aussi, dans la monarchie des Francs et dans celle des Bourguignons, tous les frères succédèrent-ils à la couronne, à quelques violences, meurtres et usurpations près, chez les Bourguignons (1). »

Au reste, une circonstance singulière a surtout contribué à confirmer la tradition qui excluait les femmes de la couronne : c'est que « le fief royal de France fut possédé pendant trois siècles et demi, de père en fils, par des mâles, et lorsqu'il s'agit de décider, en 1316 et 1328, si la fille d'un roi, mort sans laisser d'enfants mâles, l'emporterait sur les agnats plus éloignés qu'elle de la couronne d'un ou de plusieurs degrés, le principe de l'hérédité masculine, qui était déjà passé dans les mœurs et dans les idées, prévalut sans peine (2). »

J'ai dit, d'après M. Guizot, que la rédaction des deux textes de la loi salique ne remontait pas au-delà du vii.^e siècle. On peut voir, en outre, dans la neuvième leçon de son *Cours d'histoire moderne*, consacrée tout entière à la loi salique, des observations qui prouvent que le texte appelé *recentior*, et que diverses éditions présentent comme étant un texte réformé par Charlemagne, est, au contraire, plus ancien que le texte nommé *antiquior*.

Je termine en faisant connaître ces paroles de M. Guizot qui s'appliquent au système général de la loi :

« Au premier aspect, il est impossible de n'être pas frappé du chaos de la loi. Elle traite de toutes choses, du droit politique, du droit civil, du droit criminel, de la procédure civile, de la procédure criminelle, de la police rurale, et de toutes choses pêle-mêle, sans aucune

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 18, chap. 22.

(2) M. Mignet, *Revue de législation et de jurisprudence*, 2.^e série, tom. 6, page 27.

distinction ni classification. Si on écrivait, chacun à part, les articles de nos divers codes, et qu'après les avoir mêlés dans une urne, on les en tirât successivement, l'ordre que mettrait le hasard entre les matières et les dispositions ne différerait guère de leur arrangement dans la loi salique.

» Quand on regarde de plus près au contenu de cette loi, on s'aperçoit que c'est essentiellement une loi pénale, que le droit criminel y tient la première place, presque toute la place. Le droit politique n'y apparaît qu'indirectement et par allusion à des institutions, à des faits qui sont regardés comme établis, et que la loi n'a aucun dessein de fonder ni même d'énoncer. Sur le droit civil, elle renferme quelques dispositions plus précises, vraiment impératives, insérées avec intention. Il en est de même quant à la procédure civile. En matière de procédure criminelle, la loi salique suppose à peu près toutes choses connues, instituées ; elle ne fait que remplir quelques lacunes, spécifier en certains cas les obligations des juges, des témoins, etc. C'est la pénalité qui y domine ; elle a évidemment pour but de réprimer des délits et d'infliger des peines. C'est un code pénal. On y compte 343 articles de pénalité et 65 seulement sur tous les autres sujets.

» Tel est le caractère de toutes les législations naissantes ; c'est par les lois pénales que les peuples font le premier pas visible, le premier pas écrit, si je puis ainsi parler, hors de la barbarie (1). »

(1) *Cours d'histoire moderne*, page 358.

TABLE

Des articles et des matières du 3.^e volume de la Revue Bretonne de droit et de jurisprudence.

1.^{re} et 2.^e Livraisons. — Novembre et Décembre 1841.

Constitution de la famille romaine et de la *gens*, d'après la loi des XII Tables (1.^{er} article) ; par M. F. Laferrière. 1

1. Principe de la famille romaine dans ses rapports avec la cité : adrogation, adoption. 2. Juste mariage. 3. Puissance paternelle. Pouvoir de tester. 4. Agnation, cognation. 5. Gentilité. 6. La femme romaine. 7. Succession légitime et subordination des rapports réels aux rapports personnels ; supériorité du droit de tester et de l'hérédité testamentaire sur l'hérédité légitime 8. Eléments accessoires de la famille : esclaves, affranchis, émancipés ; droit de patronage ; droit du parent émancipateur ; enfants *in mancipio*.

Question de droit civil. — Le tuteur du mari interdit peut-il, au nom de son pupille, exercer l'action en désaveu de paternité ? par M. Gustave Bressolles, docteur en droit (suppléant provisoire à la faculté de Toulouse.) 34

Chronique. 46

Discours prononcé, le 3 novembre 1841, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour royale de Rennes, par M. Chegaray, procureur général. — Extrait du compte-rendu de la séance annuelle de rentrée des Facultés de l'académie de Rennes. — Question du concours de 1842 pour le doctorat en droit, à la Faculté de Rennes. — Annonces.

3.^e et 4.^e Livraisons. — Janvier et Février 1842.

Constitution de la famille romaine et de la *gens*, d'après la loi des XII Tables (2.^e et dernier article) ; par M. Laferrière. 81

9. Familles patriciennes et plébéiennes : 1.^o Question des *gentes* à l'égard des unes et des autres ; 2.^o Question relative au droit de la famille affranchissante ; conclusion. 10. Liens possibles et légitimes entre les classes et les familles patriciennes et plébéennes.

Du pour compte en matière d'assurance, par M. Le Poitvin ; 103

Son origine, sa nécessité, ses principaux effets, sa limite.

TABLE.

Mélanges.	113
I. De la translation du domicile politique en matière électorale.	
II. xvi. ^e siècle. — Droit romain. — Feodalité. — Conquêtes juridiques (suite, V. tom. 2, page 349); par M. Ev. Colombel.	
Bibliographie.	144
1. Histoire des institutions mérovingiennes et du gouvernement des Mérovingiens jusqu'à l'édit de 615, par M. Lehuérou; par M. Ed. Laboulaye. 2. Cours de législation pénale comparée, à la Faculté de Toulouse. Discours d'ouverture par M. Vacquier, professeur suppléant chargé de cet enseignement. 3. Cujas et Toulouse, par M. Bénéch, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse.	
Chronique.	163
Jurisprudence; question de terres vaines et vagues. — Rapport de M. Troplong sur le cours de M. Laferrière. — Annonces.	

5.^e Livraison. — Mars 1842.

De la dot en droit romain. — Dissertation couronnée, sur la question mise au concours de 1841, pour les docteurs en droit de la Faculté de Grenoble; par M. Gustave Grimaud, avocat à Grenoble.	169
1. Origine de la dot. 2. Objet de la dot. Espèces de dot. Formes de la constitution de dot. 3. Inaliénabilité de la dot immobilière. Loi <i>Julia de fundo dotali</i> . 4. Restitution de la dot. 5. Des paraphernaux. 6. De la donation <i>propter nuptias</i> . 7. Quelques réflexions.	
Extrait du rapport de la Faculté de Grenoble, sur la dissertation couronnée, par M. Taulier. — Observations sur les concours pour le doctorat en droit.	248

6.^e et 7.^e Livraisons. — Avril et Mai 1842.

Examen de l'ouvrage de M. Hébert, doyen des notaires de Rouen, sur les modifications à introduire dans le régime hypothécaire et l'établissement d'un système propre à justifier de la capacité civile de chaque contractant.	253
Cujas et Toulouse. — Documents nouveaux constatant que Cujas n'a jamais échoué dans la dispute d'une régence de droit civil, à l'Université de Toulouse; par M. Bénéch (extrait.)	273
Droit public; économie politique. — La question coloniale en 1842, par M. Ad. Guérout; par M. Mourier, agrégé, professeur de philosophie.	306
Chronique.	319
Concours de 1841. — Faculté de droit de Paris.	

TABLE.

8.^e Livraison. — Juin 1842.

De la famille et de la propriété germaniques. — Origines féodales; par M. Lehuérou.	321
§ 1. ^{er} Des <i>gentes</i> germaniques. — Leurs limites légales; différence avec les classes celtiques. § 2. Du <i>mundium</i> considéré comme base de la famille; du principe de la responsabilité chez les Germains. § 3. Des divers éléments de la famille germaniques. Infériorité civile de la femme : 1. ^o dans la maison de son mari; 2. ^o dans la maison de son père. — Origine de la propriété germanique. — Sa nature. — Sa transmission. — Différences entre les droits successifs de l'homme et de la femme.	
Chronique.	394
Académie des sciences morales et politiques. — Mémoire couronné, de M. Ed. Laboulaye, sur le droit de succession des femmes. — Annonces.	

9.^e et 10.^e Livraisons. — Juillet et Août 1842.

Dissertation historique et philosophique sur le droit de succession, soit légitime, soit testamentaire, suivie d'une note sur la loi salique, par M. F. Taulier.	397
--	-----